

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

DIREITO À MORTE DIGNA: UMA ANÁLISE SOBRE O SUICÍDIO ASSISTIDO

STEPHANY OLIVEIRA GIARDINI FONSECA

Rio de Janeiro
2017/1

STEPHANY OLIVEIRA GIARDINI FONSECA

DIREITO À MORTE DIGNA: UMA ANÁLISE SOBRE O SUICÍDIO ASSISTIDO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Guilherme Magalhães Martins**.

Rio de Janeiro
2017/1

STEPHANY OLIVEIRA GIARDINI FONSECA

DIREITO À MORTE DIGNA: UMA ANÁLISE SOBRE O SUICÍDIO ASSISTIDO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Guilherme Magalhães Martins**.

Data da Aprovação: __/__/____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da possibilidade da aplicabilidade do suicídio assistido no ordenamento jurídico brasileiro. Esta análise ocorre baseada na discussão acerca do conflito existente entre o direito à vida, direito à morte digna e autonomia privada. Além disso, é necessário a conceituação do suicídio assistido e outros institutos que possibilitam a aplicação da morte digna. Ademais, ocorre a análise dos motivos da ausência de lei sobre o tema, tendo como base a religiosidade do congresso nacional e da população brasileira, além do afastamento social dos indivíduos com a morte, estabelecendo a mesma como um 'tabu'. Assim, é oportuna a comparação entre a legislação brasileira e a de outros países, bem como observar a posição de nosso judiciário em decisões que envolvam a Bioética e o direito à vida. O suicídio assistido deve, conclui-se, ser possibilitado a fim de que não se verifique um aviltamento à dignidade da pessoa humana, princípio basilar de todo ordenamento jurídico e, por conseguinte, objetivo central a ser alcançado.

PALAVRAS-CHAVE

Direito à morte digna; dignidade da pessoa humana; suicídio assistido; Bioética; direito à vida; autonomia privada.

ABSTRACT

The present work has the objective of analyzing the possibility of the applicability of assisted suicide in the Brazilian legal system. This analysis is based on the discussion about the conflict between the right to life and the right to a dignified death and private autonomy, and on the conceptualization of assisted suicide and other insights that allow the application of a dignified death. In addition, the absence of a law on the subject, based on the religiosity of the national congress, and the social withdrawal of individuals with death, establishing death as a taboo. Thus, it is opportune to compare the Brazilian legislation with that of other countries, in addition to observing the position of the judiciary in decisions involving bioethics and the right to life at the end. In this way, it is concluded that assisted suicide must be made possible, so that there is no demeaning of the dignity of the human person, a basic principle of every legal system and, therefore, a central objective to be achieved.

KEYWORDS

Right to a dignified death; dignity of the human person; assisted suicide; bioethics; right to life; private autonomy.

AGRADECIMENTO

Agradeço por esse trabalho aos professores
da

UFRJ, em especial, meu orientador
Guilherme

Magalhães Martins, ao professor
Pablo

Marano e à Marina Góes que muito me
ajudou

na formatação deste trabalho.

DEDICATÓRIA

Gratidão é minha palavra preferida em toda vida, um sentimento pelo qual sempre fui regida por ter plena consciência dos privilégios com que fui abençoada. Em um mundo tão cruel quanto o que vivemos hoje, ser uma pessoa rodeada de amor já é motivo suficiente para acordar todos os dias com um sorriso no rosto e a vontade para conquistar os objetivos. Sendo assim, primeiro agradeço à força que nos rege. Meu Deus é uma força imensa, de luz, que me deu a chance de vir ao mundo para cumprir uma missão. Ao longo destes meus vinte e três anos fui aos poucos tentando descobrir qual seria ela e o que eu poderia oferecer de melhor àqueles que me cercam. Nessa caminhada, tenho a sorte de ter ao meu lado uma família que me ajuda e orienta, um esteio que guiou todos os passos dados até agora.

A primeira imagem que vem à cabeça é da minha mãe, que ainda aos dezessete anos precisou carregar sozinha a responsabilidade de criar um ser humano para o mundo. Enganou-se quem achou que ela, por sua juventude, não daria conta do recado. Minha mãe foi guerreira e fez da maternidade seu maior objetivo. Deixou de perseguir os próprios sonhos para que eu pudesse conquistar os meus. Ofereceu conselhos, orientação e um amor inimaginável. Foi, mesmo sem ter consciência disso, meu maior exemplo de feminismo por me dar a certeza de que as mulheres podem conquistar o que quiserem. Minha mãe é força, é garra e determinação, e eu sou grata por ter me ensinado, ou ao menos tentado, a ser um espelho dela.

Minha avó Leides é outro exemplo de feminismo. Mesmo sendo de uma época onde as circunstâncias eram ainda mais difíceis para as mulheres, ela sempre fez questão de trabalhar e estudar. Aprendeu a falar inglês sozinha e trabalhava em dois lugares diferentes para conseguir trazer metade da renda da casa. Além disso, é a pessoa mais doce, solidária e altruísta que já conheci. Quem me conhece sabe o amor que eu tenho por ela, uma pessoa companheira e que faz de tudo para agradar a todos. Impossível não gostar da dona Leides. De quebra, ela ainda tem o colo mais acolhedor dessa vida.

Meu avô Francisco não está mais presente entre nós, mas permanece vivo em meus pensamentos. Sinônimo de honestidade e justiça, veio de uma família pobre do interior de Minas Gerais e conseguiu, depois de muito trabalho ao lado da minha avó, trazer conforto para minha mãe e para mim. Sempre colocou os estudos em primeiro lugar e por isso tenho

certeza que, de onde estiver, está muito orgulhoso pelo fim desse ciclo, ainda mais se tratando da melhor faculdade de direito do Brasil.

Tenho ainda imensa gratidão por meu padrasto Antônio, sempre muito paciente e disposto a me ensinar. Poucas vezes vi alguém tão inteligente e perfeccionista, capaz de conversar sobre quase tudo com a clareza de um professor. Foi ele que esteve ao meu lado nos desesperos com a matemática, nos desesperos com o vestibular, nos desesperos com o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, e agora no desespero da monografia. De quebra, graças a ele me foi dada a oportunidade de ter uma irmã, Isabela.

Apesar de ter apenas 10 anos, Isabela me ensina muito. Me traz de volta a inocência e a esperança em um futuro melhor. Isabela tem um peito cheio de amor e uma espontaneidade ímpar. Brigamos sim, como é natural entre irmãos, mas minha admiração por ela é tanta que às vezes não consigo colocar em palavras.

Agradeço ainda ao meu pai, que me ensinou a nunca ter vergonha de dizer eu te amo e fez questão de reafirmar que homens podem e devem ser sensíveis. Mesmo morando longe, sinto seu amor todos os dias.

Agradeço também à torcida dos meus jovens tios, aos meus avós paternos pelo carinho de sempre e aos meus bichinhos e amores da minha vida: Tocha, Mulata e Banzé (*in memoriam*), Lolla e Sherlock. Sem eles certamente eu não teria tantas alegrias no dia-a-dia. Nada me deixa mais feliz do que a festinha da Lolla quando eu chego em casa e o miado do Sherlock ao acordar.

Quero agradecer, e muito, também aos amigos da Faculdade Nacional de Direito. Faço isso com lágrimas nos olhos ao lembrar de toda a nossa trajetória. Sem eles, esse longo e árduo percurso seria impossível. Eles foram responsáveis pelos cinco anos mais incríveis da minha vida e pela família de coração mais linda que se tem notícia. Faço destaque ao Feudo, grupo que é extensão da minha casa, da minha vida e do meu coração. De quebra, a Nacional me proporcionou encontrar o amor. Guilherme, obrigada por me ouvir e me apoiar em todos os momentos, incluindo os de estresse. Eu amo você.

Por fim, agradeço aos professores da FND por todos os ensinamentos. Sei bem que a vida de professor não é fácil, por vezes injusta, mas todos eles seguem firmes ao nosso lado, ampliando nossos horizontes e nos permitindo sonhar. São em parte responsáveis pelo futuro lindo que nos aguarda e por fazer nascer em mim a vontade de lutar por um Estado Democrático de Direito.

Encerro dizendo que ainda não cheguei a uma conclusão concreta sobre a minha missão nessa terra, mas certamente encontrei no Direito a possibilidade de, com justiça, mudar a vida das pessoas que precisam. Prometo representar e não decepcionar a UFRJ. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro terá se Deus quiser, mais uma defensora vinda da FND, na luta pela maximização das oportunidades e da justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1	
1.1 Análise sobre a colisão dos princípios	16
1.2 Princípios da Bioética	20
1.3 O conceito de Dignidade da pessoa humana	22
1.4 O conceito de autonomia da vontade	27
CAPÍTULO 2	
2.1 Institutos viabilizadores da morte digna: conceitos e diferenciações	33
2.2 Ausência de legislação	45
2.3 A morte como um tabu social e o crescimento da medicina paliativa	51
CAPÍTULO 3	
3.1 Legislação comparada	55
3.2 Análise de casos concretos	62
3.3 Jurisprudências brasileira em casos envolvendo a Bioética e o direito à vida	66
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

INTRODUÇÃO

“Direito à morte digna” é um tema que vem ganhando mais espaço de debate e, nesse movimento, terminologias como “eutanásia”, “ortotanásia” e “suicídio assistido” são cada vez mais discutidas no campo da Bioética/Biodireito.

A dignidade da pessoa humana é colocada em voga quando a morte digna é o âmbito central do debate. O conceito é uma característica fulcral da condição do ser humano e um fim que se deseja alcançar. Sendo assim, é possível considerá-la princípio basilar de qualquer Estado democrático de direito, não devendo ser subtraída quando da colisão de qualquer outro princípio, tendo em vista que ela é o próprio mecanismo de ponderação.¹

Se a morte faz parte da vida, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado desde a concepção até o momento do último suspiro. Se, portanto, a dignidade faz-se presente desde o momento do nascimento, esta não deve ser esquecida ou subtraída no momento da morte.

A análise sobre a possível aplicabilidade do suicídio assistido no ordenamento jurídico brasileiro coloca o direito à vida em conflito com o direito à morte digna aliada ao conceito de autonomia privada no âmbito existencial. Admite-se que o direito à vida, como direito fundamental, não pode ser violado e, por conseguinte, inoportuno seria pensar na disponibilidade do mesmo pelo próprio indivíduo quando da aplicação do suicídio assistido.

Observando que o princípio basilar do ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana e não o direito à vida, discutem-se situações em que findar com a própria vida se aproxima mais do conceito de dignidade do que a manutenção da mesma. Ademais, apesar da morte digna e da autonomia privada existencial não terem regras positivas no ordenamento,

1 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil- constitucional dos danos morais**. São Paulo: Renovar, 2013. p. 66.

afasta-se a ideia de inaplicabilidade de ambas, visto que o rol dos direitos fundamentais e da personalidade é exemplificativo e não taxativo.²

Diante do apresentado, surge a necessidade de estabelecer a diferença entre o conceito de autonomia privada patrimonial e de autonomia privada existencial. Enquanto o primeiro tem seu fundamento na livre iniciativa, o segundo é estruturado de acordo com a própria dignidade da pessoa humana.³

A liberdade de autodeterminar o momento do fim da existência se aproxima, conjuntamente, com os princípios da dignidade da pessoa humana, da morte digna e da liberdade. Deve-se respeitar a autonomia privada existencial, uma vez que se avalia que o direito à vida não decorre de um viver a qualquer preço. O suicídio assistido passa a ser observado como mecanismo de respeito à autonomia privada e a liberdade da decisão daquele que vive de maneira precária.

Podemos aferir a existência de alguns procedimentos que asseguram o direito à morte digna, mas faz-se necessário diferenciá-los, já que são institutos que não se confundem. Classifica-se a ortotanásia como o mecanismo que irá

“deixar a morte acontecer no tempo certo, de acordo com as leis da natureza, sem o emprego de meios extraordinários ou desproporcionais de prolongar a vida. Elementos essenciais

2 MARANO, Pablo Galvão. **Diretivas antecipadas de vontade e a morte digna**: uma leitura civil-constitucional do ponto final da vida humana. 2013. 98 f. Monografia. (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004. p. 32

3 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 104-105.

*associados a ortotanásia são a limitação consentida de tratamento e os cuidados paliativos”.*⁴

Faz-se necessário pontuar que até o presente momento a ortotanásia é o único mecanismo de morte digna com aplicabilidade no Brasil. O Conselho Federal de medicina, através da resolução de número 1.085/2006 foi a entidade que estabeleceu os limites e requisitos para a aplicabilidade de tal ato.

Por outro lado, a eutanásia consiste na indução da morte. Quando a abreviação da vida por um terceiro se dá de maneira proposital com finalidades benevolentes. Em contrapartida, o suicídio assistido consiste no auxílio de terceiros para que o próprio indivíduo consiga pôr fim à própria vida.⁵

Frisemos a diferença entre suicídio assistido e eutanásia. Enquanto o primeiro é realizado pelo próprio indivíduo com auxílio de um terceiro, devendo ser, portanto, um paciente consciente, o segundo é realizado por terceiros, podendo o indivíduo estar inconsciente. Enquanto na eutanásia a ação que causa a morte é praticada por um terceiro, no suicídio assistido a ação que causa a morte é a do próprio indivíduo, sendo o terceiro apenas um colaborador.

Ao discutirmos os motivos que levam a ausência de leis acerca do suicídio assistido, alguns fatores relevantes podem ser apontados como norte. De início, observamos que, apesar de ser constitucionalmente um país laico, o Brasil tem uma população de maioria cristã, segundo dados do DIAP (Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar). Dentro dessa doutrina, o fim da vida só pode ser decidido por Deus, não cabendo ao próprio indivíduo ir de encontro às vontades do “criador”.⁶

4 BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é:** Dignidade e autonomia individual no fim da vida. 2011.40 f. Artigo (Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

5 ARAÚJO, Marilene. Aspectos filosóficos e jurídicos sobre a morte, a eutanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, 2015., v. 90, p. 215-244.

6 Disponível em: <<http://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/finish/41-radiografia-do-novo-congresso/2883-radiografia-do-novo-congresso-legislatura-2015-2019-dezembro-de-2014>> Acessado em 20/04/2017.

No tempo em que vivemos, o congresso nacional conta com uma Frente Parlamentar Evangélica, responsável por entraves na estruturação de leis que versem sobre a Bioética. Em um segundo momento, pode-se trazer ao contexto da ausência, o fato da morte ser avaliada como um tabu, um campo de pouco debate, fazendo com que uma moral intrínseca rodeie a maioria da sociedade e permitindo que se pense que, em certos casos, uma vida precária e sofrida seja preferível a qualquer meio que encurte seu curso natural.⁷

□ possível também suscitar o fato da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5, elencar o direito à vida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano e, portanto, inviolável. A Constituição tratou da inviolabilidade em sua redação, e também o Código Civil, nos artigos 11 a 21, trata da indisponibilidade dos direitos fundamentais. Ainda assim faz-se necessário uma análise a respeito da flexibilização dessa indisponibilidade para um maior alcance da dignidade.

A inviolabilidade não seria, então, a vedação do fim da vida de um indivíduo por fatores externos à sua vontade, ao passo que a disponibilidade se daria na medida em que um indivíduo pudesse usufruir a própria vida, tendo sua autonomia privada respeitada? Neste diapasão, caberia a ninguém mais além do indivíduo julgar em qual momento sua existência passaria a ser apenas um martírio, sem qualquer tipo de sentido e dignidade. Ele, portanto, decidiria seu desfecho, observando alguns critérios e requisitos para tal.⁸

No âmbito da não aceitação do suicídio assistido com base no direito à vida, mostra-se imperioso trazer à tona o conceito de mistanásia. No polo oposto dos institutos que garantem a morte digna, mistanásia significa a morte precária por falta, erro ou mau atendimento médico. Pelo fio do apresentado, observa-se que o Estado pratica a mistanásia no momento em que se observa a situação precária da saúde no Brasil.⁹

Temos em mãos a seguinte discrepância: o Estado que intervém na autonomia privada existencial do indivíduo na decisão do seu momento de morrer, é o mesmo que não provê meios de preservar a vida daqueles que necessitam. Ademais, apontamos o contrassenso que é

7 MENEZES, Rachel Aisengart. **Em busca da boa morte**: Antropologia dos cuidados paliativos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004. p. 30.

8 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Atlas, 2014. p.26-27.

9 PESSINI, Leo. **Eutanásia**: por que abreviar a vida? 1ª ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 211.

a proibição de um mecanismo da morte digna e a aplicação de um instituto que está no polo diametralmente oposto.

□ oportuna a análise da legislação de outros países – para que sirva como mecanismo de comparação com a legislação pátria – e o exame do comportamento do judiciário brasileiro diante de casos que envolvam a Bioética e o direito à vida.

No primeiro capítulo deste trabalho analisaremos a aplicabilidade do suicídio assistido, trazendo à tona a importante diferenciação entre princípios e regras. Será necessária a exposição dos princípios que entram em choque, tanto aqueles que são garantidos pelo ordenamento jurídico quanto os que vêm angariados da Bioética e do Biodireito.

O segundo capítulo será responsável por trazer a classificação dos institutos da morte digna, observando como cerne central da discussão o suicídio assistido e o envolvimento moral que a aplicação do mesmo traz para a sociedade. Será oportuno esclarecer os possíveis motivos da ausência de legislação, sendo a religião e a morte como tabu os objetos centrais. É de se estabelecer aqui o conceito de testamento vital, documento tido como aceito no Brasil após a resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina. Apesar de não ser o cerne principal deste estudo, o testamento vital é um documento viabilizador da ortotanásia, uma das vertentes da morte digna. Os conceitos tidos como opostos da morte digna serão mencionados para que se estabeleça um possível paralelo e se delineie o contrassenso que é a proibição do suicídio assistido quando nos pautamos na inviolabilidade no direito à vida.

Ao fim da jornada, o terceiro e último capítulo irá traçar a legislação comparada, usando Holanda, Bélgica, Suíça e Uruguai como parâmetro de comparação. Avaliaremos a legislação brasileira para que a comparação se torne mais eficaz. Ilustraremos o comportamento do judiciário quando a Bioética e o direito à vida são o núcleo de uma decisão. A análise, no entanto, não será com base no suicídio assistido, visto que não existem, no plano nacional, decisões envolvendo o assunto. Teremos de observar decisões relativas a temas semelhantes e simular um possível entendimento caso o suicídio assistido entrasse como base de discussão.

O presente trabalho se mostra oportuno porque é necessário discutir a liberdade de escolha quanto ao momento de morrer. Entende-se que indivíduo deve ter assegurada a opção de não temer a sua morte em vida, ou seja, os dias de prolongamento de uma existência marcada pelo sofrimento, dor e agonia. É necessário discutir o direito à autonomia pessoal, o reflexo da liberdade e, por conseguinte, a possibilidade de findar com um existir vão, pois, como se acredita “do direito à vida não decorre o dever de viver a qualquer preço.”.

A guisa de ilustração, leia-se um trecho da escritora Rosiska Darcy de Oliveira em sua coluna para o jornal O Globo:

“Nada é mais cruel e injusto do que, em nome de um princípio religioso ou de uma ética médica de outros tempos, impor a um ser humano, já fragilizado e contra a sua vontade, dores atrozes, a imobilidade que aprisiona dentro do próprio corpo ou a convivência insuportável com a certeza de que sua mente e, em consequência, sua capacidade de escolha estão se apagando.”¹⁰,

10 OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. A última liberdade. **O Globo**. Rio de Janeiro, 5 de novembro de 2016. Disponível em: < <http://noblat.oglobo.globo.com/geral/noticia/2016/11/ultima-liberdade.html> > Acessado em 03/02/2017.

CAPÍTULO 1

1.1 – Análise sobre a Colisão de princípios

Neste capítulo será feito um traçado geral das características e diferenças entre princípios e regras e análise das possíveis aplicações caso estes princípios colidam. Uma análise mais aprofundada dos princípios e direitos fundamentais no caso do suicídio assistido virá em seguida.

Ronald Dworkin avalia que o positivismo é um instituto que enseja a aplicação exclusiva das regras, o que prejudicaria a solução dos *hard cases* (casos difíceis). O suicídio assistido trata-se de um *hard case*, uma vez que encontramos nessa seara alguns princípios e direitos fundamentais que colidem. Segundo Dworkin, em casos concretos em que não existam soluções pré-definidas o juiz deve criar uma nova solução para o caso, de uma maneira parcial e racional, porém, de forma discricionária¹¹. Entretanto, a decisão do juiz não deve se dar de maneira completamente livre. É daí que se observa a necessidade clara da aplicação dos princípios que fazem parte do ordenamento jurídico da sociedade.

Primeiro, uma breve caracterização entre algumas diferenças entre regras e princípios se faz necessária. De antemão destacamos que toda regra opera na condição da validade, portanto mandando ou proibindo alguma determinada conduta. Não se podem aplicar regras de maneira ampla, não cabendo discricionariedade nem ponderação entre elas diante de uma colisão.¹² As regras, segundo Dworkin, funcionam no sentido do “tudo ou nada”: ou são válidas e seus mandamentos devem necessariamente ser aplicados, ou inválidas e, portanto, não se aplica em nada o que é mandado por ela.¹³ Os princípios, ao contrário, não funcionam no sentido de “tudo ou nada”, mas servem como um conjunto de motivos que levam a aplicação de uma decisão ou de outra¹⁴. São, portanto, normas aplicadas de maneira ampla de

11 DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 9ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 14-80.

12 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p.91.

13 DWORKIN, Ronald. op. cit p.39.

14 Ibidem. p.22.

acordo com as possibilidades fáticas, sendo assim, caracterizados como “mandamento de otimização”.¹⁵

Outra diferença clara entre princípios e regras é: diante da colisão de duas regras, para que uma delas seja aplicada é necessário que a outra seja considerada inválida, justamente pela característica de “tudo ou nada” que é conferida às regras. De outro giro, o mesmo não acontece com os princípios, já que dois princípios que colidem diante de um determinado caso concreto podem continuar convivendo em um mesmo ordenamento jurídico, tendo um que ceder momentaneamente em detrimento do outro. Diante dos casos difíceis, cabe ao judiciário resolver e reconhecer uma determinada solução a partir da existência de princípios, dotados de força coercitiva¹⁶. Fica claro que Dworkin não se apegava apenas às regras positivadas.

Como já supramencionado, quando princípios colidem é necessário ponderá-los diante da análise dos casos concretos. Robert Alexy em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* afirma que diante do conflito, observam-se quais características o caso concreto estabelece, para que daí justifique-se aplicar um princípio em detrimento de outro. O seguinte trecho elucida com clareza a problemática em questão: “O princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2, sob as condições C dadas em um caso concreto”¹⁷.

Segundo Alexy, um dos institutos mais significativos para a ponderação dos princípios é o princípio da proporcionalidade. É este instituto que configura uma maior otimização na aplicação dos princípios, na medida em que a proporcionalidade é composta por três subprincípios que possibilitam esta árdua tarefa. Os subprincípios da proporcionalidade são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação confere avaliação se o meio empregado vai alcançar o objetivo. A necessidade ocorre na avaliação da existência de outro meio que alcance o mesmo fim, mas que seja menos gravoso. Já a

15 ALEXY, Robert. op. cit. p.90.

16 SERTÃ, Renato Lima Charnaux. **A distanásia e a dignidade do paciente**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.50.

17 ALEXY, Robert. op. cit. p. 96

proporcionalidade em sentido estrito pode ser configurada quando se analisam as vantagens e desvantagens da aplicação de determinada conduta. Isto posto, Alexy afirma que “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”¹⁸.

A ponderação também pode ser aplicada de maneira abstrata quando não necessariamente existam casos concretos a serem analisados, mas sim possíveis colisões de princípios, situações ou normas. Se um caso concreto surgir, o legislador não precisará então decidir sem parâmetros, e sim de acordo com a ponderação realizada previamente, não sendo possível, por óbvio, que sejam avaliadas todas as situações concretas possíveis.¹⁹ Diante da difícil conclusão acerca do tema e da nítida necessidade de avaliar situações de acordo com os casos concretos, aplicar um instituto que não atue no sentido do “tudo ou nada” mostra-se de suma importância na proteção da dignidade da pessoa humana e contra o aviltamento da mesma.

A crítica da ponderação dos princípios proposta por Alexy se baseia em dois argumentos centrais. Eles embasam que, podendo o juiz decidir a aplicação de um princípio ou de outro, poderia ocorrer uma interferência de um poder sobre o outro, ou seja, do judiciário no legislativo. Isso também conferiria um poder discricionário muito grande ao aplicador do direito que, em tese, escolheria o princípio a ser aplicado de maneira parcial, de acordo com suas posições ideológicas.

Estabelecer uma hierarquia entre os direitos fundamentais e, portanto, a desnecessidade da ponderação, faria com que um princípio sempre se sobressaísse quando houvesse colisão. A ponderação é um instrumento necessário para a preservação dos próprios direitos fundamentais, devendo as decisões dos juízes serem pautadas em uma argumentação racional

18 ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v.16, n. 2, 2003. p.136.

19 BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade jurisdicional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pag 149

que evite a usurpação da atividade legiferante pelos juízes nessas ocasiões²⁰. Ademais, uma análise das três fases da ponderação já explicitadas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) confirma a racionalidade da teoria, não sendo a ponderação um mecanismo irracional aplicado de forma leviana.

Enquanto a teoria das regras só se avalia a validade ou a não validade, a teoria dos princípios possibilita uma maior flexibilidade, fazendo com que os direitos fundamentais não sejam apenas tidos como válidos ou não diante de uma colisão, tendo que um ser necessariamente excluído do ordenamento jurídico para a aplicação do outro.

Diante do exposto, observamos um trecho de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que usa em sua argumentação a ponderação de princípios:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele

conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349703 - CARLOS BRITTO)²¹

1.2 – Princípios da Bioética

Com o avanço da medicina, várias possibilidades médicas antes impensadas ganharam destaque. A citar o transplante de órgãos, a inseminação artificial e, inclusive, possibilidades para uma vida mais duradoura. Tornou-se necessário um estudo capaz de analisar até que

21 Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716550/recurso-extraordinario-re-349703-rs> > Acessado em 20/04/2017.

ponto a ciência e a medicina podem interferir na vida e como se dará esta interferência. Surgiu então o conceito da Bioética, preenchido de princípios norteadores que regem este instituto.

Os princípios norteadores da Bioética foram criados pelo Congresso dos Estados Unidos da América, de uma Comissão Nacional que tinha como objetivo elencar os principais valores necessários para se permitir a interferência e os limites do comportamento da medicina e da ciência em seres humanos²². Da Comissão foi possível extrair três princípios, quais sejam: autonomia, beneficência e justiça. A autonomia tem como principal característica o respeito pelas escolhas e convicções pessoais; o da beneficência, o dever de minimizar os danos e aumentar os benefícios; por fim o da justiça, que pode ser resumido pela ideia de parcialidade, ou seja, apenas distinguir os seres humanos na medida da desigualdade dos mesmos, não podendo esta distinção ser feita por nenhum fator que gere qualquer tipo de discriminação²³. Observados os princípios acima, postula-se uma não hierarquia entre eles, devendo ser utilizada a ponderação diante da análise dos casos concretos.

Em relação ao Biodireito, podemos configurá-lo como um ramo do Direito em que será possível regular de que forma se darão os avanços da Biologia e da Medicina, através de normas e legislações²⁴. Com o avanço da tecnologia e da ciência, o Direito teve de se adaptar a uma nova gama de situações e algumas leis precisaram ser adaptadas em virtude desse avanço. Porém, fica claro que não se pode limitar o direito às leis, que são regras de comando no sentido “tudo ou nada”, partindo para a necessidade da influência dos princípios no campo do Biodireito. Refere-se tanto aos princípios da Bioética quanto aos princípios constitucionalmente protegidos, não podendo as normas do Biodireito desrespeitar os princípios constitucionais²⁵.

Considerando o Biodireito um ramo novo onde não é possível a caracterização de princípios próprios e, considerando ainda ser um ramo de nítida colisão entre princípios, fica

22 BARBOSA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. **Revista Bioética do Conselho Federal de Medicina**, v. 8, nº 2, 2000. p. 211.

23 Ibidem. p.211.

24 Ibidem. p.212.

25 Idem.

clara a necessidade da utilização da ponderação para que ocorra a aplicação da decisão mais acertada²⁶.

1.2 – O conceito de Dignidade da pessoa humana

Tendo considerado os pensamentos dos filósofos Ronald Dworkin e Robert Alexy, além dos da professora Heloisa Helena sobre a diferença entre princípios e regras, ponderação dos princípios e alguns princípios pertinentes da Bioética e do Biodireito, podemos afirmar que o princípio mais importante no que tange a possibilidade da aplicação do suicídio assistido no Brasil é o da dignidade da pessoa humana, que será analisado no decorrer do presente capítulo.

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, dispõe a vida como um dos direitos fundamentais que deve ser protegido sob todos os aspectos, é esse direito que, obviamente, possibilita o exercício de qualquer outro direito. Desse modo, se um ou mais direitos colidem, tende o direito à vida prevalecer. Mas ele pode ser tratado de forma quase absoluta e obrigar a preservação da vida a qualquer custo? A dignidade da pessoa humana não estaria relacionada também a uma morte digna? A vida tida como um direito, quando levada de maneira sofrida e obrigatória, não se tornaria um dever? Até que ponto a liberdade, representada pelo princípio da autonomia privada existencial, é realmente exercida? São questões importantes que merecem destaque para aperfeiçoamento do tema.

O princípio da dignidade da pessoa humana surgiu no cenário mundial a partir de eventos históricos que levaram o homem ao estado de absoluta degradação. Depois de episódios como a Segunda Guerra Mundial e o nazismo, sentiu-se a necessidade de garantir uma proteção maior aos indivíduos. Foi neste contexto que, em 1948, as Nações Unidas

proclamaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo primeiro garante que "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidades e direitos".²⁷

A dignidade humana é um fim a ser alcançado e não um meio para alcançar outro fim. A condição humana dos indivíduos, por si só, faz com que a dignidade seja garantida em qualquer situação. Fica claro que dignidade é tratar humanos como tal, sendo assim, sempre que um ser humano estiver se afastando da sua condição única e servindo como meio para o alcance de algum objetivo degradante, a dignidade da pessoa humana estará sendo veementemente prejudicada. Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes no livro *Danos à pessoa humana* faz a seguinte passagem:

*Para distinguir os seres humanos, diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria apenas aos humanos: uma "dignidade" inerente à espécie humana. A raiz etimológica da palavra dignidade provem do latim dignus - "aquele que merece estima e honra, aquele que é importante".*²⁸

Luis Roberto Barroso em seu texto *A morte como ela é: dignidade e autonomia* afirma, em consonância com os pensamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, que a dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco do homem. O seguinte trecho elucida de maneira clara a questão em tela:

Na sua expressão mais essencial, a dignidade exige que toda pessoa seja tratada como um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano. A vida de qualquer ser humano tem um valia intrínseca. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas

27 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 66

28 MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit. p. 77.

*coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo.*²⁹

Após tais desastres mundiais, a dignidade da pessoa humana passou a ser um valor moral, e implementá-la passou a ser necessário em qualquer Estado Democrático de Direito. Afirma-se que a dignidade humana é mais do que um princípio: ela foi incorporada nos ordenamentos jurídicos como base de ponderação, que por sua vez é o princípio basilar de qualquer constituição e um elemento necessário para a configuração de um Estado democrático de direito.

A constituição brasileira de 1988 – considerada como a “constituição cidadã” por ser a primeira constituição democrática após o longo período da ditadura – tem a dignidade da pessoa humana como um princípio norteador e necessário de ser observado quando da colisão de direitos em casos concretos, não sendo preterido em colisão com qualquer outro princípio.

Vislumbra-se que indivíduos que desejam pôr fim a própria vida, mas que se encontrem em situações extremas e precárias, possam encontrar no suicídio assistido uma proximidade maior com a dignidade da pessoa humana. Ao ter seu direito de escolha negado, porém, o mesmo princípio, aos poucos, será subtraído. Se a previsão e a proximidade da morte acompanham a todos durante a vida, da mesma forma o princípio da dignidade da pessoa humana deve estar presente desde a concepção até o momento do último suspiro.

□ notória a colisão de direitos (direito à vida e direito à morte digna) quando discutida a possibilidade do suicídio assistido no ordenamento jurídico brasileiro. O direito a uma morte digna não está positivado, mas é fácil notar que a doutrina reconhece que o rol de direitos fundamentais e da personalidade trazidos pela Constituição da República e pelo Código Civil

29 BARROSO, Luis Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais.** 2011.40 f. Artigo (Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. p.8-9.

de 2002 não são taxativos e sim exemplificativos, possibilitando novos direitos no contexto constitucional. O direito à morte digna é um exemplo claro de direito não positivado que faz parte dos direitos da personalidade constitucionalmente tutelados³⁰.

Os argumentos em defesa de uma morte digna colidem com os argumentos em defesa da vida e da dignidade da pessoa humana. Questiona-se se aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana seria defender a vida a qualquer custo ou permitir a escolha do momento de findar a mesma. Diante deste *hard case* pode-se interpretar a morte digna como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao analisarmos o artigo 5º da CRFB e os artigos 11 a 21 do Código Civil, observamos que o direito à vida está elencado como um dos direitos fundamentais de todo ser humano e, portanto, inviolável. Porém, é necessário depreender que existe discussão acerca do que seria estabelecido como inviolabilidade.

A inviolabilidade seria a vedação do fim da vida de um indivíduo por fatores externos à sua vontade e fica garantido a qualquer cidadão que nenhum terceiro irá subtrair seu direito de viver. O estado tem como uma de suas obrigações garantir a segurança para que esse direito seja respeitado. Ao mesmo tempo, garantir a flexibilização e a disponibilidade do indivíduo, permite que ele possa fazer escolhas que ajude a fomentar sua própria personalidade. Caberia ao indivíduo, portanto, decidir o momento em que a vida se torna apenas um martírio, sem qualquer tipo de sentido e dignidade. É em consonância com esse tipo de pensamento que Rachel Sztajn afirma:

O que o preceito constitucional faz é tutelar um bem jurídico, a vida, sem alcançar a vontade de morrer e a faculdade de provocar a própria morte. A norma protege a vida contra ação de terceiros, daí

30 GALVÃO, Pablo Marano. op. cit. p. 28.

*porque o induzimento ao suicídio é tipificado como conduta delitual. A autonomia na escolha de entre viver ou não deve ser absoluta, resultar da manifestação livre e informada, sem interferência externa de qualquer ordem, especialmente do médico ou do Estado.*³¹

Tendo em pauta o conflito entre o direito à vida e o direito à morte digna, e sendo certo que um não se sobrepõe ao outro, pois inexistente hierarquia entre direitos fundamentais, aplicar-se-á a solução calcada na maior aproximação com a dignidade diante da análise de casos concretos. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

*[...] conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, a priori, em favor do conceito da dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade [...] vem à tona no caso concreto, quando e se bem feita àquela ponderação.*³²

Não é o direito à vida que deve ser tido como absoluto e sim o princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, é ele o parâmetro de ponderação diante da colisão de direitos fundamentais. Neste sentido, Luis Roberto Barroso em sua obra *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporânea* sabiamente explicita que:

Ao longo do tempo, consolidou-se a convicção de que nos casos difíceis, para os quais não há resposta pré-pronta no direito posto, a construção da solução constitucionalmente adequada precisa recorrer a elementos

31 SZTAJN, Rachel. In: COHEN, Cláudio; GARCIA, Maria (orgs). **Questões de Bioética clínica:** pareceres da comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p.23.

32 MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit. p. 85.

*extrajurídicos, como a filosofia moral e a filosofia política. E, dentre eles, avulta em importância a dignidade humana.*³³

Para Barroso, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser aplicado em três dimensões: aplicabilidade direta, negativa e interpretativa. No caso do suicídio assistido a aplicação seria de maneira interpretativa, na medida em que o que se extrai do princípio não é uma regra, como acontece na aplicabilidade direta, mas sim, que da aplicação do direito à morte digna observa-se a maior proximidade com o conceito de dignidade conforme foi possível analisar a partir de casos concretos.³⁴

Em suma, percebe-se que a discussão gira em torno do princípio da dignidade da pessoa humana e, até que ponto proibir ou permitir o indivíduo a escolher o momento de sua morte se aproxima ou se afasta dele. É nesse contexto que os ensinamentos acerca da ponderação e proporcionalidade são aplicados de forma direta.

1.4 O conceito de autonomia da vontade

Além do conflito entre a morte digna e o direito à vida previamente estabelecido, é necessário debater a autonomia da vontade. No que tange as relações privadas, ela é decorrente da liberdade que está no vértice do próprio princípio da dignidade humana, prescrita na Constituição. A discussão deve ser baseada não somente no que concerne o direito à vida, mas também no motivo que leva o Estado a garantir a liberdade a cidadãos pertencentes a determinado ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, proibir a autonomia deste mesmo cidadão em decidir a hora de sua morte.

33 BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Artigo. Verão provisória para debate público. Rio de Janeiro. Mimeografado. 2010. p. 11.

34 Idem. p. 12.

Essa autonomia pode ser retratada de acordo com a capacidade de autodeterminação que um indivíduo tem para fazer escolhas e tomar decisões no âmbito pessoal. Ademais, a autonomia privada na esfera do suicídio assistido é a autonomia privada existencial. Ela, por sua vez, é diferente da autonomia privada patrimonial. Essa distinção é feita a partir do momento em que situações existenciais influenciam diretamente na personalidade do indivíduo, enquanto as patrimoniais têm como principal objetivo as questões econômicas envolvidas.³⁵

Essas duas situações, existenciais e patrimoniais, não são excludentes e podem atuar dentro de uma mesma circunstância. Elas não são pautadas, no entanto, pelo mesmo fundamento constitucional. Enquanto as situações jurídicas patrimoniais têm como base a livre iniciativa, as situações jurídicas existenciais têm como fundamento constitucional a própria dignidade da pessoa humana segundo o artigo 1º, III da CRFB. Desse modo, observa-se com nitidez a diferença entre atos de autonomia existencial e patrimonial, e a hierarquia da primeira sobre a segunda.³⁶

□ certo que o Código Civil estabelece, do artigo 11 ao 21, alguns critérios para classificar as situações existenciais. É impossível, porém, para o legislador, regulamentar todas as situações existenciais possíveis e existem situações em que a autolimitação dos direitos da personalidade não estarão positivadas. Diante disso, assim como exigir uma regra positivada para a morte digna é uma visão afastada, exigir uma regra positivada para permitir a autonomia privada nas relações existenciais também deve ser deixada de lado.³⁷

A autonomia privada existencial tem respaldo constitucional no princípio da dignidade humana, através do conceito de liberdade. Portanto, apenas admitir a disposição dos direitos da personalidade em situações pré-definidas é um aviltamento da liberdade. Por consequência, isso também fere a própria dignidade humana, uma vez que a autonomia privada existencial é um mecanismo que garante o livre desenvolvimento da personalidade.³⁸

35 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. op. cit. p. 103

36 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. op. cit. p.104-105.

37 Ibidem. p. 187.

38 Ibidem. p. 189.

A autodeterminação faz com que uma pessoa capaz consiga tomar decisões e fazer escolhas acerca da sua vida, sem que essas escolhas sejam impostas e pré-ordenadas e desde que não interfiram e nem violem direitos alheios. Algumas decisões têm que ser, por óbvio, já pré-definidas pelo Estado, com base em interesses coletivos representativos de uma vida em sociedade, mas, à parte deste contexto do interesse social, faz parte da dignidade humana ter o poder de tomar decisões sobre sua própria vida.³⁹

Para que as pessoas possam fazê-lo, no entanto, é necessário que o Estado em que elas estejam inseridas lhe garanta subsídios e meios para tal, e neste sentido Barroso faz uso da seguinte passagem:

*Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, mas é indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado mínimo existencial (v. supra), a dimensão material da dignidade, instrumental ao desempenho da autonomia. Para que um ser humano possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidades, é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas.*⁴⁰

■ de se destacar, contudo, que a autonomia da vontade existencial em grande parte é cerceada por uma postura paternalista por parte do Estado. Esse tipo de postura gera estranheza na medida em que a liberdade é, por si só, uma das características mais importantes do próprio conceito de dignidade.

Traçadas as primeiras considerações acerca da autonomia privada, também é importante mencionar o conceito de dignidade como heteronomia. A dignidade humana significa dizer que, como culturas diferentes traçam conceitos morais distintos, valores compartilhados socialmente, por vezes, tem mais importância do que a própria escolha pessoal.

39 BARROSO, Luis Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais.** Ibidem. p.10.

40 BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no fim da vida.** Ibidem. p.19.

Neste sentido, defende-se que o conceito de dignidade serve mais para limitar as escolhas pessoais calcadas em um valor moral e ético compartilhados pelos indivíduos, do que conferir a liberdade de escolhas propriamente dita. Diante desta ótica, a seguinte passagem de Barroso consegue elucidar as questões trazidas até então: *“Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma vida boa”*.⁴¹

No Brasil, a dignidade como heteronomia possivelmente é o maior entrave no caminho de uma possível legislação voltada ao conceito de morte digna, na medida em que nossa sociedade possui valores éticos e morais muito influenciados pela religião. Essa característica finda por impedir um debate mais aprofundado sobre o poder de decisão que um indivíduo tem em relação ao momento de morrer.

De um modo geral, as constituições democráticas revelam um ideal muito mais voltado
□ dignidade como autonomia do que como heteronomia, pois a dignidade à luz da primeira valoriza as escolhas pessoais e os conceitos morais avaliados pelo próprio indivíduo. A dignidade como autonomia é um reflexo das democracias pluralistas e do próprio conceito de liberdade.⁴² Não seria diferente com a constituição brasileira de 1988. O fato citado, porém, não é o mesmo que dizer que não exista uma preocupação com o coletivo e que todos os indivíduos possam usar o texto como uma justificativa para o uso desenfreado da liberdade.⁴³

No campo da Bioética e do Biodireito, essas duas perspectivas de dignidade entram em choque na medida em que tentam definir possíveis soluções em casos extremos, onde exista a impossibilidade de cura ou melhora do quadro clínico, fazendo com o que o paciente sofra em demasia, tanto fisicamente quanto psicologicamente. Defender a autonomia do indivíduo em casos como estes é defender que a vida é uma do início ao fim e que a dignidade deve ser estendida do nascimento até o seu desfecho.

41 Ibidem. p.22.

42 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2009. p.18.

43 BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de CamposVelho. **A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no fim da vida**. Ibidem. p.28.

A proibição do suicídio assistido reitera o caráter paternalista do estado que, ao tentar decidir pela pessoa interessada, tira dela um poder imprescindível para a garantia da dignidade da pessoa humana. Além de inferiorizar, essa ação deslegitima o poder de decisão de um ser humano capaz. O Estado estaria agindo de modo a tentar proteger o indivíduo dele mesmo, na medida em que afasta a autonomia que é um elemento necessário da própria construção do “eu”.⁴⁴

Esse caráter paternalista é um conceito ultrapassado no âmbito das democracias pluralistas, uma vez que se entende que o estado não deve intervir nos valores dos cidadãos e não devendo a comunidade impor princípios e sanções penais àqueles que escolhem outra perspectiva de pensamento. Essa imposição, segundo Dworkin, significaria uma destruição da responsabilidade moral individual.⁴⁵

Em relação ainda à autonomia privada, outro ponto merece importante destaque: o fato de estarmos todos inseridos em uma sociedade dotada de um poder normalizador, ou seja, tende a fazer com que todos os indivíduos pensem seus ideais são compatíveis com os ideais estatais. O homem que inserido nessa conjuntura é livre de uma maneira “maquiada”, sendo incentivado a estar sempre de acordo com o pensamento central.⁴⁶

Em situações excepcionais, proibir uma pessoa de decidir o momento de pôr fim à própria vida faz com que ela perca o poder de autodeterminação sobre seu próprio corpo e de fazer escolhas livres, sendo essas escolhas a própria configuração do conceito de personalidade. Como é exposto por Dworkin “levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania”⁴⁷.

Apesar do “homicídio piedoso” e do auxílio ao suicídio estarem expostos no Código Penal como crimes, interpretar esses artigos conforme a Constituição é avaliar se, em casos

44 MARANO, Pablo Galvão. op. cit. p. 58.

45 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. Ibidem. p.18.

46 KRAVETZ, Rafaella Zanatta Caon; CASTRO, Matheus Felipe. O suicídio assistido na esfera dos direitos fundamentais: Análise da autonomia da vontade na sociedade disciplinar. Artigo. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**. Curitiba, 2015, v.2, n.39. p. 349.

47 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. Ibidem. p. 307.

concretos, existe a expressa vontade do paciente de ter a sua vida encurtada. Assim, o direito à morte digna e a autonomia privada seriam respeitados no âmbito da dignidade humana, já que os dois princípios mencionados configuram princípios constitucionais que devem estar sob constante proteção.⁴⁸

48 DIAS, Roberto. Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a Constituição. In IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Coords.). **Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global**. Curitiba: Juruá, 2010, v. 4. p.174.

CAPÍTULO 2

2.1 – Institutos viabilizadores da morte digna: conceitos e diferenciações

Neste capítulo serão explicitados os principais institutos da morte digna. O meio de aplicação mais conhecido é a “eutanásia”. Em termos gerais, ela significa a possibilidade de indução da morte. Trata-se de ação médica intencional de apressar a morte de pessoas que estejam acometidas por doenças ou quadro clínico irreversível ou incurável e, por consequência, sintam dor e sofram em demasia, tanto física quanto psicologicamente. Essa indução pode ser feita com ou sem o consentimento do paciente, tratando-se a primeira da eutanásia voluntária e a segunda da involuntária.⁴⁹

O termo “indução” é um mecanismo necessário para diferenciar a eutanásia da ortotanásia. Há ainda a necessidade de diferenciar a ortotanásia da eutanásia passiva, visto que neste último, a morte não é certa. Na eutanásia, o resultado final da conduta médica é promover a morte, suspendendo ações que ainda seriam proporcionais ao paciente e, portanto, essa omissão do médico configuraria crime. Em contrapartida, na ortotanásia a morte é iminente, portanto o resultado final não é a morte em si, mas sim evitar que se prolongue demasiadamente o estado de sofrimento do paciente, não aplicando uma determinada conduta quando da certeza que o resultado não será satisfatório à reversão do quadro clínico do mesmo⁵⁰. Segundo Luciano de Freitas Santoro, Mestre em direito pela PUC/SP “Enquanto na ortotanásia a causa do evento da morte já se iniciou, na eutanásia passiva esta omissão é que será a causa do resultado, ou seja, é a conduta omissiva do médico, ou de terceiro, que será a causa do evento morte.”⁵¹

A ortotanásia tem como característica o conceito de omissão, o que significa dizer que enquanto a eutanásia ativa necessita de uma ação que possibilite algum meio de encurtamento da vida, seja através de remédios ou do desligamento de aparelhos, a ortotanásia nada mais é

49 ARAÚJO, Marilene. Aspectos filosóficos e jurídicos sobre a morte, a eutanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, 2015, v. 90, p. 6.

50 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro**. Revista Bioética do Conselho Federal de Medicina.v.16, nº 2, 2008. p. 63.

51 Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/morte-digna/5880> > Acessado em 23/04/2017.

que não submeter o paciente a nenhum tratamento médico, deixando que a morte ocorra naturalmente.⁵² É frisada a necessidade de diferenciação na medida em que alguns doutrinadores tratam a eutanásia passiva e a ortotanásia como sinônimos, como pode ser observado na seguinte passagem da obra *Problemas da Bioética* do autor português Andrew C. Vargas: “A omissão do tratamento desnecessário, isto é, não prolongar o processo da morte através de aparelhos que mantêm a vida, tal como a respiração artificial, é chamado de eutanásia negativa ou passiva”.⁵³ A omissão na ortotanásia decorre de um estado terminal do paciente, onde a morte já é prevista e o objetivo central é o não prolongamento da vida através de métodos e medidas arrazoáveis.

Podemos afirmar, portanto, que a ortotanásia é o único mecanismo aceito no Brasil conforme Resolução 1.085/2006 do Conselho Federal de Medicina, expressa no seguinte texto:

*“O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, (...) **CONSIDERANDO** o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; **CONSIDERANDO** o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; **CONSIDERANDO** que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes; **CONSIDERANDO** que o art. 1º da Resolução CFM nº 1.493, de 20.5.98, determina ao diretor clínico adotar as providências cabíveis para que todo paciente hospitalizado tenha o seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta; **CONSIDERANDO** que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal **RESOLVE: Art. 1º** É permitido ao médico limitar ou*

52 VILLAS-BÔAS. op. cit. p. 54

53 VARGAS, Andrew. **Problemas de Bioética**. 2ª ed. São Leopoldo: Unisinos, 1982. p. 234.

suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação. § 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário. § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.”⁵⁴

O texto da resolução cita o princípio constitucional da dignidade humana e a não necessidade do indivíduo se submeter a tratamento desumano ou degradante. Essa citação também serviria como argumento que embasa a viabilidade de aplicação dos outros mecanismos da morte digna.

A resolução foi alvo de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal que alegou, dentre outras coisas, o seguinte: “O Conselho Federal de Medicina não tinha o poder de regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta considerada crime; o direito à vida era indisponível só podendo ser restringido por lei em sentido estrito e que, considerando o contexto socioeconômico brasileiro, a ortotanásia poderia ser utilizada indevidamente.” Porém, foi emitida sentença que considerou improcedente o pedido formulado pelo Ministério Público, alegando que:

“[...] o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de

54 Disponível em < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2007/1819_2007.htm > Acessado em 01/05/2017

homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; 4) a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica; 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida⁵⁵. ”

Diante do apresentado, surge a necessidade de se estabelecer o conceito de testamento vital, tema de importante apreciação. De acordo com Vladia Maria de Moura Soares Sanches⁵⁶, o testamento vital é um documento com diretrizes antecipadas, realizado por um indivíduo em momento de lucidez, que estabelece quais as medidas a serem adotadas pelos médicos em casos de inconsciência, quando observada condições físicas e mentais irreversíveis ou terminais.⁵⁷

Em casos de perda da consciência e, por conseguinte, diante da impossibilidade do indivíduo de tomar decisões, o testamento vital deve ser observado a fim de se estabelecer o tratamento aplicável, buscando observar a autonomia do redator do documento. Em suma, trata-se de um documento escrito em que o indivíduo é capaz de estabelecer sua vontade quando se encontra incapaz de manifesta-la. Além de garantir a autonomia do paciente, garante também uma segurança legal ao médico que toma qualquer decisão em situações peculiares e conflituosas que possam advir da junção do estado de inconsciência com a irreversibilidade ou terminalidade.

55 Disponível em < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15785 > Acessado em 02/05/2017.

56 Mestre em Direito do Estado/Direito Constitucional pela PUC/SP.

57 SANCHES, Vladia Maria de Moura Soares. O testamento vital e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, 2014, v. 87, p.2.

Apesar de não existir uma lei que trate sobre as diretivas antecipativas de vontade, assim como não existe alguma que positive qualquer instituto viabilizador da morte digna, o Conselho Federal de Medicina editou a resolução de número 1.995. Oportuno transcrever o seguinte trecho que elucida de forma clara o entendimento do Conselho de se admitir a aplicação das diretivas:

“Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.(...)”

Contra essa resolução foi proposta a Ação Civil Pública 0001039-86.2013.4.01.3500, contudo a decisão proferida pelo juízo federal de Goiás é a favor da possibilidade das diretivas, na medida em que protege a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada. Válido salientar que as diretivas antecipativas de vontade são instrumentos que auxiliam a aplicação da morte digna, mais precisamente da ortotanásia. Através do documento, se estaria atestando através o desejo pela não manutenção de tratamentos para o prolongamento da vida quando o paciente se encontra em estado terminal ou irreversível.

É nesse contexto que se faz necessária a seguinte passagem doutrinária:

*Testamento é ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo norma jurídica, dispõe, no todo ou em parte, de seu patrimônio para depois de sua morte, ou determina providências de caráter pessoal ou familiar.*⁵⁸

Sendo assim, o artigo 1.864 do Código Civil estabelece alguns requisitos necessários para a validade do testamento público, como se observa na transcrição do seguinte artigo:

Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:

I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

Entretanto, apesar do testamento vital também ser um testamento, é necessário trazer à tona algumas diferenças oportunas entre o testamento estabelecido pelo Código Civil e o vital. Enquanto o primeiro tem seus efeitos estabelecidos pós-morte, o segundo tem por necessidade que os efeitos comecem a serem produzidos antes do cessar da vida, visto que é justamente um fim digno o que se busca alcançar.⁵⁹ Além do mais, o negócio jurídico unilateral em questão é de natureza existencial e não patrimonial, não devendo as decisões serem pautadas por conteúdos econômicos. Observando o tratamento patrimonial que o Código Civil estabelece aos negócios jurídicos, é imperativo interpretar o Código Civil de

59 AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin; PONA, Éverton Willian. **Autonomia da vontade privada e testamento vital**: a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: < http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf > Acessado em 24/04/2017.

maneira que se possa operar as situações jurídicas existenciais, utilizando por analogia preceitos similares, considerando a já mencionada falta de legalidade que estabeleça requisitos próprios para a aplicação do instituto em questão.⁶⁰

Apenas a título de ilustração, no polo oposto da ortotanásia e afastando-se do conceito de morte digna, classifica-se a distanásia, que é o emprego de meios desproporcionais para manter a vida de um paciente, sem que nenhum resultado e melhora seja de fato possível. É possível dizer que na balança entre o malefício e o benefício, o primeiro estaria mais presente, pois mesmo inevitável, a morte se tornaria lenta e dolorosa em virtude dos artifícios médicos. As palavras de Renato Lima Charnaux Sertã deixam clara a nítida a relação de oposição entre a distanásia e a ortotanásia:

*O conceito mais em voga a respeito da distanásia é atualmente o de tratamento médico fútil, quando ministrado em pacientes portadores de graves moléstias, para as quais não há solução facilmente inidentificável pela ciência médica.*⁶¹

Outro conceito que se afasta da morte digna e que deve ser esclarecido é o da mistanásia, que segundo Leonard Martin, significa a morte de uma maneira precária, por falta de atendimento, erro ou mau atendimento médico. Neste caso, a morte é considerada como “fora de hora”, ao passo que se fossem prestados os serviços e assistências médicas adequadas a morte não sobreviria.⁶² É possível afirmar que a mistanásia é proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que fere o princípio da dignidade da pessoa humana e configura um aviltamento à proibição do tratamento desumano.⁶³

Merece destaque, portanto, a análise da ausência do Estado na proteção do direito à vida em relação à saúde no Brasil. A redação do artigo 196 da Constituição da República é clara ao tratar a saúde como um bem a ser tutelado pelo Estado, de forma igualitária a todos os cidadãos: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais

60 MARANO, Pablo Galvão. op. cit. p. 91.

61 SERTÃ, Renato Lima Charnaux. op. cit. p.32.

62 PESSINI, Leo. op. cit. p. 211.

63 DADALTO Luciana. Diretivas antecipativas de vontade e mistanásia por erro médico: debates e possibilidades. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, 2015, v.5, nº2, p.239-251.

e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação”.

O dever do estado de prover na área da saúde é decorrente dos impostos que são pagos aos entes da federação. Uma parte do dinheiro advindo dessa fonte de coleta deve ser direcionado à área da saúde, que corresponde tanto à prevenção quanto ao tratamento, materializando por assistência hospitalar, prestação de remédios, vacinas e até campanhas educativas que instruem a população sobre formas de prevenção de determinadas doenças, como é o caso da AIDS e da dengue.

Apesar de constitucionalmente assegurado, o direito à saúde não é observado na prática. Não raro observam-se hospitais públicos em condições precárias e degradantes. Não há leitos em número suficiente para receber todos os cidadãos que necessitam de internação. Essa carência cria filas, e as filas criam mortes. Há escassez de medicamentos nos postos de saúde e o número de pessoas cuja saúde perece por esse motivo é inimaginável. Para exemplificar a situação lastimável, em 23 de dezembro de 2015, o governador do Rio de Janeiro, Luiz Fernando Pezão, decretou situação de emergência da saúde no estado. Segundo ele: "A situação mais difícil entre todos os estados brasileiros é a nossa. Conto com a ajuda de todos os poderes e com a presidente Dilma", disse o governador, que declarava não ter "dinheiro em caixa".⁶⁴

Desta feita, o Conselho Regional de Medicina do estado do Rio de Janeiro (CREMERJ) apontou a situação caótica dos hospitais do Rio de Janeiro. O caos tinha origem na superlotação dos hospitais, na falta de medicamentos e de utensílios médicos necessários ao atendimento do paciente – e isso ainda perdura. Na ocasião, Nelson Nahon, declarou: “Todos os dias, no Rio de Janeiro, cento e cinquenta pedidos de internação em Centros de Terapia Intensiva (CTI) são negados. Em todas as unidades de saúde que visitamos, havia superlotação”.⁶⁵

64 Disponível em: < <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/12/pezao-diz-que-vai-decretar-situacao-de-emergencia-na-saude-do-rj.html> > Acessado em: 12/03/2017.

65 Disponível em:
< http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/07/24/interna_politica,786833/relatorio-aponta-situacao-caotica-na-saude-do-rio-a-menos-de-duas-sema.shtml > Acessado em: 12/03/2017.

Diante do precário contexto em que se encontra nosso sistema de saúde, por muitas vezes os casos médicos são objeto de análise pelo Judiciário. De um lado encontram-se os cidadãos pleiteando seu direito à saúde e à vida – ambos tutelados pela Constituição – e, do outro, União, Estados e Municípios enquanto representantes da esfera estatal quando da falha da prestação dos serviços referentes a esses direitos. A decisão da apelação 00108263520154013803, proferida pela Sexta Turma do TRF1, proferida no dia 17 de novembro de 2016, é apresentada à guisa de exemplo:

“Ementa

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICO. COMPROVAÇÃO. PROVA DOCUMENTAL. PRELIMINARES: INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, ILEGITIMIDADE ATIVA DO MPF E PASSIVA DO ESTADO. PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO DO SUS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.(...). Nos termos do art. 196 da Constituição da República, incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, responsabilidade solidária entre os entes da Federação. Portanto, é possível o ajuizamento da ação contra um, alguns ou todos os entes estatais. Preliminar rejeitada. 4. Consoante se extrai da Constituição Federal de 1988, à Saúde foi dispensado o status de direito social fundamental (art. 6º), atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se em "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196). 5. É responsabilidade do Poder Público, independentemente de qual seja o ente público em questão, garantir a saúde ao cidadão. (...)

Fica claro que é contraditório o estado proibir os dispositivos que viabilizem a morte digna baseada no direito à vida. Mesmo que indiretamente é ele [o estado] que endossa a mistanásia, prática diametralmente oposta ao que se considera uma morte digna.

O último instituto e objeto de análise desta monografia é o suicídio assistido. Suicídio assistido significa ajudar outra pessoa a dar fim à própria vida para se evitar um estado de intenso sofrimento. A causa da morte é o ato suicida e não o ato de um terceiro, sendo este último apenas colaborativo.⁶⁶ Apesar da diferença aparentemente sutil entre a eutanásia e o suicídio assistido, é necessário esclarecê-la, já que podem implicar em resultados práticos distintos.

Tecendo comentários acerca da matéria, Luis Roberto Barroso e Letícia de Campos Verde Matel classificam o suicídio assistido da seguinte maneira:

*Suicídio assistido designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro. O ato causador da morte é de autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro colabora com o ato, quer prestando informações, quer colocando à disposição do paciente os meios e condições necessárias à prática. O auxílio e assistência diferem do induzimento ao suicídio. No primeiro a vontade advém do paciente, ao passo que no outro o terceiro age sobre a vontade do sujeito passivo, de modo a interferir com sua liberdade de ação. As duas formas admitem combinação, isto é, há possibilidade de uma pessoa ser simultaneamente instigada e assistida em seu suicídio.*⁶⁷

□ necessário traçar um conceito moral sobre o instituto do suicídio assistido e, por isso, em um primeiro momento evocamos os ensinamentos do filósofo Jeremy Bentham. Bentham □ considerado o “pai” do princípio da utilidade, que tem como objetivo central a busca pela felicidade através da razão e da lei.⁶⁸ O utilitarismo de Bentham aprova a medida do governo

66 BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no fim da vida.** Ibidem. p.8.

67 BARROSO, MARTEL. Ibidem. p.8.

68 BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.** 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p.9.

que tem como fundamento o aumento da felicidade da comunidade, mesmo que para isso seja necessário a redução da liberdade individual.

A teoria de Bentham não é voltada aos direitos individuais, mas aplica o direito de uma maneira coletiva, voltada para a felicidade da sociedade como um todo. Neste tocante, Michel Sandel em sua obra *Justiça: O que é fazer a coisa certa* sustenta:

*Tecemos considerações sobre duas objeções ao princípio da “maior felicidade” de Bentham: ele não atribui o devido valor à dignidade humana e aos direitos individuais e reduz equivocadamente tudo o que tem importância moral a uma única escala de prazer e dor.*⁶⁹

A despeito do pensamento de Bentham, o filósofo John Stuart Mill se utiliza do utilitarismo na tentativa de aproximá-lo dos direitos e felicidades individuais. Para esse filósofo, a busca da felicidade importa não só no conceito estabelecido socialmente, mas também nas concepções pessoais, voltada para os prazeres e as vontades do indivíduo. No campo da filosofia política, Mill também pode ser considerado liberalista. Sua linha de pensamento interpreta que o estado só deve interferir na esfera particular na medida em que a busca pela felicidade de um homem interfira diretamente na esfera de outro.⁷⁰

Michel Sandel, por sua vez, reforça o conceito de ideologia libertária, que defende que cada indivíduo possa tomar escolhas e utilizar o que é seu da maneira que considerar conveniente. Para os liberalistas, nem as leis nem o governo podem interferir na liberdade do campo privado, garantido que a liberdade é um direito que deve ser conferido a todos. Nesse sentido, o limite da utilização da liberdade seria a esfera privada do próximo e, sendo assim, Sandel afirma: “Os libertários são contra o uso da força coercitiva da lei para promover noções de virtudes ou para expressar convicções morais da maioria”⁷¹. Por análise, a teoria liberalista e o utilitarismo de Mill garantiriam a aplicação do suicídio assistido, sustentando que moralmente o indivíduo é dono de si mesmo, devendo ser livre para tecer suas próprias escolhas e buscar a felicidade no campo privado.

69 SANDEL, Michel. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 63.

70 MILL, J.S. **Utilitarismo**. 1ª ed. Portugal: Porto Editora, 2005. p.12.

71 SANDEL, Michel. op. cit. p. 79.

O conceito de utilitarismo de Bentham pode ser utilizado a favor ou contra a possibilidade do suicídio assistido. A favor quando num contexto coletivo, onde um grande número de pessoas poderia utilizar-se do instituto afim de evitar as dores e os sofrimentos de uma vida precária e indigna. Contra quando analisado o sofrimento de todas as pessoas envolvidas com o sujeito que busca a prática do ato. É diante do apresentado que se julgou necessário transcrever a seguinte passagem do autor Wesley Felipe de Oliveira:

Se a partir disto analisarmos o pedido de assistência médica ao suicídio requisitado após uma avaliação em que se constata uma predominância de desvantagens, principalmente dor e sofrimento intensos sentidos na opção de se permanecer vivo e sem perspectiva de alívio, o princípio utilitarista apontará para uma justificativa aceitável para que um profissional de saúde dê assistência ao processo de morte a fim de eliminar a dor e o sofrimento derivado de uma doença incurável. Observando isto, considero que o princípio utilitarista é um princípio duplo, e com isto quero dizer que ele (a sua invocação) pode tanto sustentar uma justificação do suicídio assistido quanto de sua proibição, dependendo então das circunstâncias e das consequências derivadas de tal ato.⁷²

□ fundamental afirmar que, dos países escolhidos para a análise acerca da legislação sobre a aplicabilidade ou não do suicídio assistido, os que aceitam constituem requisitos para a validade, estabelecidos na própria legislação⁷³ ou nas regras das clínicas de aplicação, como possível averiguar em um trecho extraído do site da clínica suíça de suicídio assistido, Dignitas: “No caso de uma doença que conduza inevitavelmente à morte, dor insuportável ou incapacidade insuportável, a DIGNITAS pode providenciar para seus membros, mediante pedido fundamentado e prova médica, a possibilidade de um suicídio acompanhado”⁷⁴.

72 OLIVEIRA, Wesley Felipe de. Uma análise principialista do suicídio assistido. **Revista eletrônica Theoria**. Pouso Alegre, 2012, v.4, n.9, p. 176.

73 **Termination of Life Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act**. Disponível em: < http://www.patientsrightscouncil.org/site/wp-content/uploads/2012/03/Netherlands_Ministry_of_Justice_FAQ_Euthanasia_2010.pdf > Acessado em 28/04/2017.

74 Disponível em:

Os requisitos trazem em comum a observância de grande sofrimento físico e psíquico, quadro físico irreversível ou doença incurável, além da necessidade de pedidos reiterados para a prática do ato. Eles abarcam tanto pacientes com grande expectativa de vida, como é o caso dos tetraplégicos, como aqueles no espectro oposto, como pacientes com câncer incurável, desde que se observe no primeiro caso a irreversibilidade e o intenso sofrimento.

2.2 – Ausência de legislação

□ notório que no atual ordenamento jurídico não existe nenhum instrumento que viabilize os institutos da morte digna no país. Tal ausência, contudo, não pode inviabilizar a aplicação dos mesmos. Conforme Pablo Galvão Marano⁷⁵, os direitos da personalidade presentes no Código Civil não podem ser colocados em um rol taxativo, visto que tratam de situações subjetivas, incontáveis e imensuráveis, uma vez que o ser humano é um indivíduo complexo. Sendo assim, a “morte digna” não estar elencada nos artigos que se referem aos direitos da personalidade não pode servir como argumento para a sua não aceitação. A Constituição Federal serve de parâmetro para viabilizar situações pessoais que não possuam legislação específica, destacando o papel fundamental e basilar da dignidade da pessoa humana para a aplicação dessas situações.⁷⁶

Quais poderiam ser as causas para tal omissão? Por que o legislador brasileiro não regulamenta institutos que tenham a vida como objeto? Existem evidências de que a religião institucionalizada seja uma das motivações que impede a discussão sobre morte digna no Congresso Nacional? Diante destas hipóteses pretende-se conhecer o perfil da atuação das bancadas de temas religiosos na Câmara e no Senado.

Segundo Barroso, religião e política andaram lado a lado desde os primórdios da civilização: no império romano, na época medieval, no período absolutista dos monarcas e até, atualmente, em países onde diferentes interpretações sobre a religião mulçumana servem de base para as decisões do Estado comprovam essa afirmação. Não se nega que, baseada em

< http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=6&Itemid=47&lang=en >
Acessado em 28/04/2017.

⁷⁵MARANO, Pablo Galvão. op. cit. p. 31.

⁷⁶Ibidem. p. 32.

religião, a humanidade vivenciou diversas atrocidades. O período inquisitorial, as cruzadas e o nazismo são três fatos históricos que servem como exemplo do uso da “vontade divina” para justificar atrocidades cometidas por líderes políticos. Com as revoluções liberais do século XVIII, a liberdade religiosa ganhou relevância dentre os direitos inerentes ao ser humano. Em 1787 a constituição americana foi emendada para se reconhecer a separação entre Estado e religião e, aos poucos, o conceito de liberdade religiosa foi sendo implementado nas demais constituições.⁷⁷

No Brasil, a separação entre o Estado e a religião se deu oficialmente a partir do decreto nº 119A/1890 promulgado pelo então presidente marechal Deodoro da Fonseca. De acordo com a ementa do referido decreto, passou a ser proibida “a intervenção da autoridade federal e dos estados federados em matéria religiosa” além de garantir e consagrar “a plena liberdade de cultos” e extinguir o padroado.⁷⁸

Deste momento em diante, o Brasil passou a ser considerado um estado laico, ou seja, sem uma religião oficial que sirva como base para o poder político, mas com respeito a todas as religiões praticadas no país. A Constituição de 1988 reforça a ideia de respeito às diversas crenças, como pode ser observado no artigo 150, VI, b:

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre b) templos de qualquer culto” e artigo 5, VI “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos

77 BARROSO, Luis Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais.** Ibidem. p.25.

78 O padroado foi criado através de sucessivas e gradativas bulas pontificias, como resultado de uma longa negociação da Santa Sé com os Reinos Ibéricos, Portugal e Espanha. Por meio destas bulas, que assumiram valor jurídico no período da expansão ultramarina, a Santa Sé delegava aos monarcas católicos a administração e organização da Igreja Católica em seus domínios conquistados e por conquistar. Em contrapartida, o rei padroeiro, que arrecadava os dízimos eclesiásticos, deveria construir e prover as igrejas, com todo o necessário para o culto, nomear os párocos por concursos e propor nomes de bispos, sendo estes depois formalmente confirmados pelo Papa.

termos seguintes: VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

No âmbito da religião, podemos enxergar os primeiros impedimentos na medida em que se admite a vida como um bem dado aos indivíduos por Deus. Ao postular que a vida não pertence aos seres humanos, os momentos de nascer e morrer não devem, portanto, ser escolhidos por nós, e sim pelo “criador”. Neste sentido, o homem não seria proprietário de sua própria vida, apenas usufrutuário. Ao analisar um documento extraído do magistério da Igreja Católica, faz-se oportuno transcrever um trecho que elucida de forma clara a posição da entidade acerca de uma possível viabilização dos instrumentos que caracterizam a morte digna:

*Compartilhar a intenção suicida de outrem e ajudar a realizá-la mediante o chamado « suicídio assistido », significa fazer-se colaborador e, por vezes, autor em primeira pessoa de uma injustiça que nunca pode ser justificada, nem sequer quando requerida. « Nunca é lícito — escreve com admirável atualidade Santo Agostinho — matar o outro: ainda que ele o quisesse, mesmo se ele o pedisse (...) nem é lícito sequer quando o doente já não estivesse em condições de sobreviver ». Mesmo quando não é motivada pela recusa egoísta de cuidar da vida de quem sofre, a eutanásia deve designar-se uma falsa compaixão, antes uma preocupante « perversão » da mesma: a verdadeira « compaixão », de facto, torna solidário com a dor alheia, não suprime aquele de quem não se pode suportar o sofrimento. E mais perverso ainda se manifesta o gesto da eutanásia, quando é realizado por aqueles que — como os parentes — deveriam assistir com paciência e amor o seu familiar; ou por quantos — como os médicos —, pela sua específica profissão, deveriam tratar o doente, inclusive nas condições terminais mais penosas.*⁷⁹

79 Documento do magistério da igreja católica. Disponível em:
< http://www.intratext.com/IXT/POR0062/_PO.HTM > Acessado em 27/04/2017.

Para a doutrina católica o sofrimento faz parte do curso natural da vida e, portanto, a possibilidade do suicídio assistido é impensável. O documento, dentre as passagens que corroboram o entendimento, afirma:

Deus é o único que tem o poder de fazer morrer e de fazer viver: « Só Eu é que dou a vida e dou a morte » (Dt 32, 39; cf. 2 Re 5, 7; 1 Sam 2, 6). Ele exerce o seu poder sempre e apenas segundo um desígnio de sabedoria e amor. Quando o homem usurpa tal poder, subjugado por uma lógica insensata e egoísta, usa-o inevitavelmente para a injustiça e a morte. Assim, a vida do mais fraco é abandonada às mãos do mais forte; na sociedade, perde-se o sentido da justiça e fica minada pela raiz a confiança mútua, fundamento de qualquer relação autêntica entre as pessoas.⁸⁰

Após perguntar para três jovens atuantes da religião evangélica se estes eram contra ou a favor do suicídio assistido e o motivo da escolha, foi possível aferir o quanto a religião ainda é um fator determinante para a aceitação ou não do conceito. Transcrevemos a seguir as respostas dos três para a pergunta: “Você é a favor da descriminalização do suicídio assistido? Sim ou não e por quê?”

Para mim, enquanto há vida, há esperança. Mesmo que os médicos digam que é impossível, a última palavra vem de Deus. Eu não assinaria um documento para desligarem meus aparelhos, por exemplo. (Maycon Filho)

Eu nunca parei para pensar nisso de verdade. Acredito que se é Deus quem dá a vida, é ele quem tem de tirar. Mas também acho que eu preciso ser empática e considerar que se uma pessoa chega a um nível tão extremo de sofrimento, está fora do meu alcance ordenar que ela continue assim até sabe-se lá quando... No suicídio assistido a responsabilidade está na mão da pessoa que quer morrer e é ela quem vai dar conta disso a Deus. (Elisa Azedias)

80 Documento do magistério da igreja católica. Disponível em:
< http://www.intratext.com/IXT/POR0062/_PO.HTM > Acessado em 27/04/2017.

Eu nunca parei pra pesquisar sobre o assunto, mas sou contra porque não acho que a gente tenha que determinar quem vai continuar vivendo ou não.
(Leticia Melo)

As três respostas têm em comum o fato da autonomia da vontade não ser o fator de maior peso. Ao contrário: a vontade de Deus prevalece se comparada à vontade do indivíduo, mesmo que este esteja em sofrimento e sem chance real de cura.

O Brasil, apesar de ser um país laico, possui uma bancada religiosa muito atuante no Congresso Nacional. Como é possível observar no site do Congresso Nacional, a FPE (Frente Parlamentar Evangélica), coordenada por João Campos, na qualidade de pastor e deputado, é composta por 199 deputados federais e 4 senadores, o que representa 39% da atual legislatura da Câmara dos Deputados.⁸¹

Segundo uma pesquisa realizada pelo DIAP (Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar), as questões envolvendo moral, ética e proteção à vida são os pleitos que em geral unem os parlamentares evangélicos. Projetos que criminalizam a homofobia e a luta pela descriminalização do aborto colocam a bancada evangélica em votações unânimes. Segundo essa pesquisa “a bancada atuou com unidade e fechou questão, por exemplo, nas deliberações sobre a Lei de Biossegurança contrariamente à clonagem humana e à manipulação de embriões humanos.”⁸²

□ possível observar o poder de influência que a religião incide sobre o legislativo e, por conseguinte, o quão difícil será a aprovação de leis que viabilizem questões relacionadas ao Biodireito ou uma possível disponibilidade do direito à vida, mesmo que seja para uma maior aproximação ao princípio da dignidade humana. Para corroborar ainda mais a tese, em uma entrevista para *Pública – Agência de reportagem e jornalismo investigativo*, o coordenador da FPE, Deputado João Campos, diz: “Outra bandeira nossa é a defesa da vida desde a

81 Disponível em: < <http://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53658> > Acessado em 28/04/2017.

82 Disponível em: < <http://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/finish/41-radiografia-do-novo-congresso/2883-radiografia-do-novo-congresso-legislatura-2015-2019-dezembro-de-2014> > Acessado em 28/04/2017.

concepção, os direitos do nascituro, a proibição do aborto, do infanticídio, os direitos da mulher também, mas principalmente os direitos do ente humano que está sendo gerado”.⁸³

□ fácil observar o posicionamento da bancada evangélica nas questões envolvendo o Biodireito e as mudanças sociais. A citar o Projeto de Lei nº 6.583/2013, o Estatuto da Família, que objetiva caracterizar a família como sendo apenas aquela proveniente da união entre homem e mulher; o Projeto de Lei de nº 5069/2013, que visa dificultar a possibilidade de aborto por mulheres que sofreram violência sexual; e o Estatuto do Nascituro, que dentre outras questões traz à tona a caracterização do aborto como crime hediondo além da impossibilidade de experimentos com células-tronco.

Em 2012, o senador José Sarney redigiu o projeto de lei do senado de nº 236, cujo objetivo é a reforma do Código Penal. Dentre os pontos de maior destaque e polêmica encontra-se a questão da eutanásia e da ortotanásia. O projeto, em seu artigo 122, §1º, possibilita o perdão judicial do crime da eutanásia (homicídio piedoso) diante da análise do caso concreto, além de configurar legalidade à prática da ortotanásia em seu artigo 122, §2º. Além disso, em seu artigo 128, o projeto aumenta as possibilidades de exclusão do crime de aborto. Diante das possíveis mudanças do código de processo penal, sendo uma delas diretamente ligada à morte digna (a questão envolvendo a eutanásia e a ortotanásia), a bancada evangélica do Congresso Nacional se manifestou contrária a reforma.

Na Câmara dos Deputados, em uma reunião da Frente Parlamentar Evangélica com o Conselho Diretivo da Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE) para discutir sobre o projeto, o senador Magno Malta afirmou que a FPE não aceitaria nenhuma flexibilização em relação ao aborto, segundo ele: “Não atentaremos contra a natureza de Deus. Se Deus determina a vida e a ele cabe o porquê de todas as coisas, não cabe a nós questioná-lo”.⁸⁴ Na mesma reunião, os parlamentares da Frente deixaram bem clara sua oposição quanto à questão da eutanásia e da posse de drogas para consumo próprio.⁸⁵

83 Disponível em: < <http://apublica.org/2015/10/os-pastores-do-congresso/> >. Acessado em 28/04/2017.

84 81 Disponível em: < <http://blogs.odiario.com/inforgospel/2012/08/30/bancada-evangelica-se-posiciona-na-reforma-do-codigo-penal-aborto-nao-diz-magno-malta/> > Acessado em 01/05/2017.

85 Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/431400-FRENTE-EVANGELICA-CRITICA-PROPOSTAS-QUE-TRATAM-DE-EUTANASIA,-ABORTO-E-DROGAS.html> > Acessado em 18/04/2017.

No dia 11 de novembro de 2012, o deputado Marcelo Aguiar, membro da FPE, se encontrou com o autor do projeto, senador José Sarney, para discutir os pontos que a referida bancada religiosa gostaria de alterar. No encontro, o então deputado afirmou: “Fico mais tranquilo ao saber que nossas preocupações encontram eco no discurso do presidente do Senado, Sarney. Se for votada da forma que está, a reforma do Código Penal será um risco para nossas famílias”, acredita Marcelo Aguiar”.⁸⁶ O projeto de lei segue em tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania).

Tendo em vista que uma legislação favorável a aplicação da morte digna teria de ser aprovada por parlamentares (incluindo os 39% da FPE que já expuseram posição contrária), verifica-se um dos óbices que afasta essa possibilidade. Apesar da laicidade do estado e da liberdade religiosa, não resta dúvida que a questão religiosa influencia sobremaneira possíveis mudanças no campo do Biodireito.

2.3 – A morte como um tabu social e o crescimento da medicina paliativa

Além da questão religiosa, culturalmente o brasileiro não está preparado para tratar da morte. Segundo a médica paliativista Rachel Aisengart Menezes, a morte é um tabu, um espaço com pouco campo de diálogo e conversa. O avanço da medicina aumentou muito a expectativa de vida e cada vez mais doenças com baixa possibilidade de cura foram sendo tratadas. Isso foi gradativamente afastando os indivíduos da morte, que passou a ser cada vez menos comum no dia-a-dia.⁸⁷ Em tempos mais remotos, a morte poderia ser considerada um evento familiar, onde a própria cama doméstica servia como leito e a família se reunia ao redor do enfermo para praticar seu ritual de despedida. Com o avanço da medicina, o evento se tornou cada vez mais hospitalar, afastado dos núcleos familiares e, por conseguinte, cada vez menos corriqueiro e natural.⁸⁸

86 Disponível <http://deputadomarceloaguiar.com.br/2012/11/20/frente-evangelica-cobra-de-sarney-a-retirada-de-aborto-e-eutanasia-da-reforma-penal/> > Acessado em 01/05/2017.

87 MENEZES, Rachel Aisengart. op. cit. p. 28.

88 Ibidem. p.29.

Nota-se um aumento da influência da medicina em relação ao momento de morrer. A atuação médica, dotada de um caráter paternalista, por muitas vezes exclui o paciente de saber e entender o seu próprio estado de saúde e opinar sobre os possíveis rumos a serem tomados diante do caso clínico em que se encontra. O diálogo médico-paciente foi por muitas vezes considerado escasso e raro, fazendo com que a assistência médica se tornasse por muitas vezes mecânica e o paciente infantilizado.⁸⁹ A morte é considerada um fracasso tanto pelos médicos quanto pelos pacientes e sua família. O fato de que também seja um tabu garante o não aceitação social do morrer e isso influencia diretamente a moral da comunidade em relação ao suicídio assistido. Se a morte já é ocultada quando acontece de maneira natural, mais ainda quando ocorre por opção.

A “morte contemporânea” é um conceito criado para ir de encontro com a ideia de afastamento do morrer e da relação mecanizada entre médico e paciente. Seu objetivo é a implementação dos cuidados paliativos e da aproximação do moribundo e seus familiares, e a volta do processo da morte ao ambiente domiciliar.⁹⁰ É diante desse contexto de naturalização da morte e de seu processo, que a preocupação com o “morrer bem” e com a “morte com dignidade” ganham indiscutível espaço. Os cuidados paliativos do doente em fase terminal têm como objetivo a naturalização da morte e o aumento do bem-estar do paciente. Além disso, enfatizam a necessidade do médico de tratar o paciente como um indivíduo apto a saber sobre seu real estado e tomar as próprias decisões. Desse modo, o medo de morrer pode ser ao poucos substituído por um estado de serenidade, necessária ao momento que deveria ser tão natural quanto nascer.

Diante da possibilidade da tomada de decisões do paciente, a psiquiatra Rachel Aisengart Menezes em sua obra *Em busca da boa morte: Antropologia dos Cuidados Paliativos* afirma que:

A tomada de decisões do indivíduo que está morrendo depende de três requisitos: o conhecimento do avanço da doença e da proximidade da morte, por comunicação da equipe médica: a expressão dos desejos e

89 MENEZES, Rachel Aisengart. op cit. p.30.

90 Ibidem. p.38.

sentimentos do paciente para as pessoas de sua relação e, finalmente, a escuta e atuação dos que cuidam do doente.

O trecho mostra que no modelo de 'morte contemporânea' o próprio indivíduo é o protagonista das tomadas de decisões e não ocupa apenas uma posição passiva diante da equipe médica. O conceito faz repensar até mesmo se o termo “paciente” é adequado àqueles que se encontram em situação de doença. Vale frisar que a decisão do paciente deve ser sempre pautada por informações e explicações trazidas pela equipe médica. Neste sentido a psiquiatra explica que, “em geral, as equipes de cuidados paliativos explicam detalhadamente o que pode acontecer com o doente até os últimos momentos, o que – de acordo com o ideário – acalma os temores relacionados à morte.”

Se é possível estabelecer um processo de morte mais voltado à dignidade, à qualidade de vida e ao respeito às escolhas e identidade pessoal do enfermo, defende-se a correta viabilização da ortotanásia no Brasil. Um procedimento cuja premissa é aceitar que o doente se encontra em um caso de impossibilidade de reversão da doença e suspender os tratamentos para dar ensejo à morte natural. A prática da ortotanásia vem em conjunto com a atuação dos cuidados paliativos que, segundo a Organização Mundial de Saúde significa:

aqueles que consistem na assistência ativa e integral a pacientes cuja doença não responde mais ao tratamento curativo, sendo o principal objetivo a garantia da melhor qualidade de vida tanto para o paciente, como para seus respectivos familiares. A medicina paliativa consiste em controlar a dor e demais sintomas, evitar o sofrimento e prolongar ao máximo a vida.⁹¹

Quanto à última parte da definição, “prolongar ao máximo a vida”, é necessário fazer uma importante observação. Parece-nos um contrassenso que uma mesma frase cite o objetivo de evitar o sofrimento e a prolongação da vida ao máximo. É necessário que se observe que, por vezes, o próprio prolongamento da vida já é o sofrimento e o martírio que se busca evitar. Os paliativistas são contra as práticas de encurtamento ativo da vida, podendo ser enquadrada

91 Disponível em: < <http://www.cancercare.com.br/cuidados-paliativos.php> > Acessado em 01/05/2017.

nesta caracterização tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido, “a demanda pela eutanásia surge somente quando os doentes não são bem cuidados no final da vida”⁹².

Mantêm-se, portanto, a ideia central de que a medicina não pode e não deve interferir no momento da morte, que deve vir de um curso natural. O que não se discute é que a medicina pode e deve, porém, interferir nas circunstâncias do morrer, na qualidade e na dignidade desse processo, fazendo com que se dê da maneira mais individualizada, natural e digna possível.

Apesar de não ser a ortotanásia e os cuidados paliativos o estudo central da presente monografia, é importante destacar os avanços que os dois institutos apresentam para o conceito de morte digna. Ambos permitem o diálogo entre o médico e o paciente e possibilita que o enfermo se torne protagonista das tomadas de decisão sobre sua própria vida. Além disso, ambos tratam a morte como um processo natural que vem como consequência do nascimento.

Vale frisar que o debate sobre o suicídio assistido é ainda mais distante do cenário brasileiro. Atribui-se isso não só ao desconhecimento sobre o assunto como também à ideia de que o suicídio seja algo imoral. Parece um tanto quanto ilógico que a eutanásia seja um instrumento passível de discussão e o suicídio assistido não, visto que a primeira poderia ser passível de ocorrer mesmo sem a consciência do indivíduo, baseado na decisão familiar e na demonstração dos ideais que o indivíduo dispunha sobre o tema em período de consciência enquanto o segundo é uma prática que depende de uma ação do próprio indivíduo. No suicídio assistido, é ele que executa o ato contando com o auxílio de um terceiro e, por lógica, isso depende que esteja consciente.

O projeto de lei de reforma do Código Penal que já mencionado avalia a possibilidade de perdão judicial da eutanásia por parte do juiz, diante da análise e aplicação do caso concreto, mas em nada se refere ao perdão judicial em relação à pessoa que auxilia ao suicídio.

CAPÍTULO 3

3.1- Legislação comparada

A esta altura é necessário traçar um paralelo entre as legislações de quatro países e a legislação brasileira acerca do suicídio assistido. A Suíça é o país de maior importância para o presente estudo, visto que é o mais reconhecido por tal prática, uma vez que oferece e aplica esta forma de morte digna há mais tempo e com maior amplitude em número de casos.

De acordo com o Código Penal holandês, comete crime quem mata o próximo mesmo quando ocorre pedido expresso, segundo o artigo 293. O mesmo ocorre com o suicídio assistido: auxiliar alguém a se matar também é considerado crime de acordo com o artigo 294 do supramencionado código. Porém, a responsabilidade é eximida caso quem efetue o ato de auxílio ou de findar a vida de outrem seja um médico que cumpra certos requisitos que dispõe uma lei específica sobre o tema, denominada de *Termination of Life Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act*.⁹³

Os pressupostos estabelecidos pela lei dizem respeito ao estágio da doença que acomete o paciente, sendo assim, para que o médico seja eximido de responsabilidade é necessário que esteja presente o sofrimento insuportável do doente e a impossibilidade de cura do mesmo. É necessário ainda um pedido formulado pelo próprio indivíduo de uma forma lúcida e reiterada. O médico tem o dever de informar ao paciente todas as condições do seu estado de saúde e, ainda, consultar um segundo médico que confirme o laudo por ele realizado e, depois de findado o ato, é de sua obrigação repostar o caso a um órgão denominado de 'Comissão de Controle da Eutanásia'.⁹⁴

Os médicos não tem obrigação legal de consumir o ato mesmo que todos os requisitos tenham sido apresentados e, no polo diametralmente oposto, caso o médico realize o ato sem

93 ASSEMBLEIA DA REPUBLICA PORTUGUESA – DIVISÃO DE INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA PARLAMENTAR. Eutanásia e suicídio assistido, legislação comparada. Lisboa, 2016. p. 29.

94 Ibidem. p.30.

ter os requisitos presentes, poderá incorrer em crime de até 12 anos de prisão se tratando da eutanásia, e até três anos de prisão quando se referindo ao suicídio assistido. A Holanda é um país que adota em seu sistema a chamada 'diretiva antecipada de vontade', que engloba o testamento vital já explicitado, e significa dizer que é permitido que os indivíduos deixem um documento por escrito, que expresse claramente sua vontade de aplicação da prática da eutanásia ou do suicídio assistido em caso de eventuais doenças que possam vir a surgir. O documento deve ser claro e objetivo, não ensejando qualquer tipo de contradição e ambiguidade em sua redação, capacitando, assim, um fácil e rápido entendimento do leitor⁹⁵.

Quanto à idade, a partir dos 12 anos pode-se requerer a eutanásia com o consentimento dos pais. Dos 16 em diante os pais não precisam consentir, mas devem se fazer presente durante o processo e, a partir dos 18, o indivíduo está livre para requerer o instituto sem que ninguém esteja assistindo ou acompanhando o processo. Há de se considerar ainda que só os holandeses podem praticar tais institutos⁹⁶.

Isto nos leva a observar os artigos do Código Penal holandês que permitem não responsabilizar os médicos nos casos específicos já expostos:

“Artigo 293: 1 - Qualquer pessoa que dê por terminada a vida de outra pessoa por solicitação expressa e sincera da mesma, será passível de pena de prisão não superior a doze anos ou multa da quinta categoria.

2 - A infracção referida no n.º 1 não é punível se for cometida por um médico que satisfaça os requisitos de devida assistência referidos na secção 2 da 'Lei de Rescisão de Vida a Pedido e Suicídio Assistido' e que informe o patologista forense municipal de acordo com o § 7 (2) da Lei de Enterro e Cremação.”

“Artigo 294: 1 - Qualquer pessoa que intencionalmente incite outra pessoa a cometer suicídio será, se o suicídio for posterior, passível de

95 ASSEMBLEIA DA REPUBLICA PORTUGUESA – DIVISÃO DE INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA PARLAMENTAR. Op. cit. p. 30.

96 Idem.

pena de prisão não superior a três anos ou multa da quarta categoria.”

2 - Qualquer pessoa que intencionalmente assista ao suicídio de uma pessoa ou lhe forneça os meios necessários será, se o suicídio for posterior, passível de pena de prisão não superior a três anos ou multa da quarta categoria. O disposto no 2 do artigo 293.o aplica-se mutatis mutandis. ”⁹⁷

Abaixo a transcrição do artigo 2 da 'Lei de Rescisão de Vida a Pedido e Suicídio assistido':

“Artigo 2: 1. Os requisitos de diligência, referidos no segundo parágrafo do artigo 293.º do

Código significa que o médico: Mantém a convicção de que o pedido do paciente era voluntário e bem considerado,

B. Mantém a convicção de que o sofrimento do paciente era duradouro e insuportável,

C. Informou o paciente sobre a situação em que se encontrava e sobre perspectivas,

D. E o paciente mantém a convicção de que não havia outra solução razoável para a situação em que ele estava,

E. Tenha consultado pelo menos um outro médico independente e deu sua opinião escrita sobre os requisitos de devida Referidas nas partes a-d, e

F. Terminou uma vida ou assistido em um suicídio com o devido cuidado.

2. Se o paciente com idade de dezesseis anos ou mais não é mais capaz de expressar sua vontade, mas antes de atingir esta condição foi considerado ter um entendimento razoável de seus interesses e fez uma declaração escrita contendo um pedido de rescisão da vida, o

97 Disponível em:

< http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht_ENG_PV.pdf
> Acessado em 02/05/2017.

médico pode não conceder este pedido. Os requisitos de devida atenção, Referidas no primeiro parágrafo, aplicam-se mutatis mutandis.

3. Se o doente tiver atingido uma idade entre os dezasseis e os dezoito anos e ser razoavelmente compreendido pelos seus interesses, o médico pode atender o pedido de cessação de vida ou de suicídio assistido por parte do paciente, após o mãe ou os pais que exercem a autoridade parental e / ou o seu tutor sejam envolvidos no processo de decisão.

4. Se o doente menor tiver entre doze e dezasseis anos e puder compreender de forma razoável seus interesses, o médico pode atender o pedido do doente, sempre que o progenitor ou os que exerçam a atividade de autoridade e / ou seu tutor concordem com o término da vida ou o suicídio assistido. O segundo parágrafo aplica-se mutatis mutandis.”⁹⁸

Vejamos o caso da Bélgica. A eutanásia passou a ser permitida por uma lei de 28 de maio de 2002. Assim como avaliado na legislação holandesa, para que a eutanásia tenha a possibilidade de ser aplicada, é necessário que estejam presentes alguns requisitos indispensáveis. No que se refere a eles, pode-se observar da apreciação do artigo três da mencionada lei, que o pedido da aplicação da eutanásia deve ser feito reiteradamente, sem que nenhum fator externo influencie no objetivo de findar com a vida. É necessário ainda que o requerente esteja em situação de doença incurável, que o sofrimento seja físico ou psíquico seja recorrente e insustentável e que o paciente tenha discernimento de decisão e escolha no momento que realiza o pedido. Em relação a esse último ponto, desde a alteração advinda da lei de 28 de fevereiro de 2014, a idade não mais importa, basta que o mesmo seja capaz e dotado de discernimento⁹⁹.

98 Disponível em < http://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Dossiers_informacao/Eutanasia/Holanda_Ley_2002.pdf > Acessado em 03/05/2017.

99 ASSEMBLEIA DA REPUBLICA PORTUGUESA – DIVISÃO DE INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA PARLAMENTAR. op. cit. p. 29.

Em consonância com a legislação holandesa, é dever do médico informar o paciente todo seu quadro clínico, observando-se aqui a redução do caráter paternalista das instituições médicas, visto que é facultada ao paciente a possibilidade de escolha diante da completa noção de como a doença tende a progredir. O médico deve consultar um segundo profissional para aferir o caráter incurável da doença e, ainda, psicólogo e pediatra caso o indivíduo seja menor de idade. Há que se considerar que só o doente pode solicitar a eutanásia e que os médicos também não são obrigados à realiza – lá. O paciente é dotado de autonomia de decisão sobre os futuros passos da vida, não ocorrendo sua exclusão nas decisões acerca do seu estado de saúde.¹⁰⁰

A partir desta análise – é necessário frisar que a lei supracitada nada diz respeito ao suicídio assistido, permitindo afirmar que o instituto não é aceito na Bélgica. Diante da anterior afirmação, o auxílio ao suicídio é punível pelo Código Penal e qualificado como falta de assistência à pessoa em perigo¹⁰¹.

Para aproximar a pesquisa da realidade latino-americana, não só pela questão geográfica, mas também no que se refere às condições socioeconômicas, elegeu-se o Uruguai como modelo de comparação. Seu Código Penal aborda a despenalização da eutanásia através do conceito de “homicídio piedoso”¹⁰².

De acordo com os artigos 37 e 127 do Código Penal uruguaio, o juiz pode fazer uso do “perdão judicial” em alguns casos determinados, entre eles quando se tira a vida de terceiro, se o ato acontecer por agente sem antecedentes criminais, por motivo de piedade e, ainda, a vítima tiver feito repetidos pedidos para morrer.¹⁰³ Todavia, o mesmo tratamento não é observado quando o que está em debate é o suicídio assistido. Segundo o mesmo código, este instituto é tido como crime, com pena de 6 meses a 6 anos. Observa-se:

“ Artigo 315. (Determinação ou suicídio assistido)

100 ASSEMBLEIA DA REPUBLICA PORTUGUESA – DIVISÃO DE INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA PARLAMENTAR. op. cit. p.18.

101 Ibidem. p.19.

102 Ibidem. p.96.

103 Disponível em: < <https://www.ufrgs.br/bioetica/penaluru.htm#suic%20dio%20assistido> > Acessado em 04/05/2017.

Que faz com que outro se suicide ou o ajude a cometer, caso ocorra a morte, será punido com seis meses de prisão até seis anos de prisão.” Esta máxima pode ser superado até o limite de doze anos, quando a infração for cometida em relação a uma pessoa com menos de dezoito anos, com algum tipo de doença mental e, ainda, sem gozo de suas totais capacidades mentais por uso de álcool ou drogas.”¹⁰⁴

Os três países analisados até o presente momento despenalizam a eutanásia. A Holanda e a Bélgica o fazem de maneira mais precisa ao apresentarem uma lei específica para tratar do assunto. Em outro polo, o Uruguai não possui uma lei própria que verse sobre o tema, mas o faz no próprio Código Penal, nos artigos referidos acima. Há que se considerar, porém, que apenas a Holanda despenaliza o suicídio assistido, o que mostra claramente a resistência que o tema enfrenta em diferentes países do mundo.

A Suíça por sua vez é uma importante referência teórica em relação ao suicídio assistido. A análise do seu Código Penal permite observar no artigo 115, parágrafo 1, que o auxílio ao suicídio é penalizado quando realizado por motivo egoísta. Observa-se:

*Artigo 115: Incentivos e suicídio assistido: Aquele que, impulsionado por um motivo egoísta, incita uma pessoa ao suicídio, ou emprestaram assistência para o suicídio é, se o suicídio foi cometido ou tentado, punido com pena de prisão até cinco anos ou pecuniária 1 sentença.*¹⁰⁵

Apesar de inexistir uma lei específica que trate do assunto, o suicídio assistido por motivo não egoísta mostra-se possível sem necessidade de cumprir os requisitos observados nas legislações holandesa e belga. Nada é citado quanto a necessidade de ser procedido por médicos após pedidos reiterados de um indivíduo com capacidade de discernimento, pontos importantes em comum nas legislações referidas.

104 Disponível em: < <https://www.ufrgs.br/bioetica/penaluru.htm#suic%20assistido> > Acessado em 04/05/2017.

105 Disponível em: < <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html#a115> > Acessado em 05/05/2017.

Confirmando as proposições apresentadas, a Suíça apresenta em seu território duas organizações que tem por objetivo a prática do suicídio assistido: a Exit e a Dignitas. Ambas aceitam pacientes acometidos por doenças incuráveis ou incapacidades sérias, que possuam discernimento e lucidez para fazer escolhas, que estejam em estágio de sofrimento abundante e que tenham realizado o pedido para a prática do ato de maneira séria e reiterada.¹⁰⁶

A diferença entre as duas organizações é que a primeira só aceita cidadãos suíços e não cobra por sua assistência, enquanto a segunda aceita cidadãos de outras nacionalidades e cobra um determinado valor. De acordo com Jerone Sobell, médico dirigente da Exit, em corroboração com os requisitos mencionados, um doente com depressão não pode se submeter à prática, visto que “não se pode discernir dentro de um quadro depressivo.”¹⁰⁷

Ainda segundo o médico, entre o momento do pedido do suicídio assistido e a consumação do ato, é estipulado um período em que o paciente consiga refletir sobre o que está prestes a acontecer e, ainda, tenha um momento com a família e amigos para que finalmente reitere seu desejo. Após a última ratificação e manifestação de vontade, o indivíduo deve conseguir ingerir sozinho a solução letal dada a ele. O paciente deve agir com independência para tomar a solução, visto que é exatamente essa independência que diferencia a eutanásia do suicídio assistido.¹⁰⁸

Analisando as definições fornecidas e observando a diferença sutil entre a eutanásia e o suicídio assistido, é importante destacar que essa diferença é ainda mais relevante no caso suíço. Na contramão dos outros casos analisados, a suíça condena em até três anos a eutanásia ativa, mesmo a pedido da vítima e por compaixão, enquanto que, não age da mesma forma em relação ao auxílio ao suicídio.¹⁰⁹ O médico dirigente da Exit já mencionado, sublinha:

106 ASSEMBLEIA DA REPUBLICA PORTUGUESA – DIVISÃO DE INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA PARLAMENTAR. op.cit. p.44.

107 Disponível em: < <http://www.swissinfo.ch/por/mitos-e-realidades-sobre-o-su%C3%ADc%C3%ADdio-assistido-na-su%C3%AD%C3%A7a/893224#> > Acessado em 05/05/2017.

108 Disponível em: < <http://www.swissinfo.ch/por/mitos-e-realidades-sobre-o-su%C3%ADc%C3%ADdio-assistido-na-su%C3%AD%C3%A7a/893224#> > Acessado em 06/05/2017.

109 ASSEMBLEIA DA REPUBLICA PORTUGUESA – DIVISÃO DE INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA PARLAMENTAR. Ibidem. p.44.

“Desejo também a descriminação da eutanásia ativa para casos excepcionais. Essa é a grande questão pendente. A sociedade europeia não tem nada a temer já que ninguém obrigará ninguém a fazer o que não quer. Isso criaria um espaço de liberdade que permitiria a quem necessita partir com dignidade. Perder o medo será uma imensa vitória. Todos nós vamos ganhar com isso.”¹¹⁰

Convém ressaltar que a Dignitas gera polemicas em vários países, já que permite que pacientes que cumpram os requisitos venham de qualquer parte do mundo para realizar o procedimento. Sendo assim, passou-se a falar de um possível “turismo da morte”, quando pessoas de vários países passaram a ir para a Suíça quando em situação precária e de grande agonia.

3.2 – Análise de casos concretos

Diante dos conceitos apresentados, apresentamos um caso bem emblemático que se tornou conhecido mundialmente. Nos anos 1990, o médico norte-americano Jack Kevorkian ganhou destaque nos noticiários ao ajudar a promover a morte assistida a pacientes que buscavam o fim de um sofrimento insuportável. O “doutor morte”, como passou a ser chamado, assistiu cerca de 130 mortes, causando uma enorme polêmica a respeito do assunto e garantindo um maior debate sobre a legalização ou não dessa prática. Acrescenta-se que o médico só foi penalizado por um ato que cometeu em 1998, onde, ao invés de apenas assistir a morte como era de habitual, aplicou diretamente uma injeção letal em um homem e, ainda, filmou o ato para que fosse passado em rede nacional, o que levou a sua condenação por homicídio em 1999¹¹¹. A história de Jack deu origem ao filme *You dont know Jack*, que ilustra o procedimento dessas mortes, sob quais circunstância se davam e como o médico lidava com a questão da morte digna.

110 Disponível em: < <http://www.swissinfo.ch/por/mitos-e-realidades-sobre-o-su%C3%ADc%C3%ADdio-assistido-na-su%C3%ADc%C3%A7%C3%A3o/893224#> > Acessado em 06/05/2017.

111 SCHREIBER, Anderson. op.cit. p.63.

Assim como Jack, outras pessoas consideram que não ter a opção de escolher o momento da morte diante de um caso de um sofrimento exacerbado é um aviltamento da própria dignidade. À guisa de exemplo foram escolhidos alguns casos de pessoas que acreditam que a morte assistida é, em alguns casos, uma grande possibilidade de aproximação real com o conceito de dignidade da pessoa humana.

Em 2012, uma brasileira de 32 anos inscreveu-se na clínica Dignitas como candidata a cometer o suicídio assistido. A brasileira contou em uma entrevista à revista *Época*¹¹², que desde pequena teve uma vida ativa muito ligada aos esportes sendo, inclusive, formada em Educação Física. Sua vida ativa foi trocada por uma vida de grandes limitações no dia em que, após um acidente ao mergulhar em um mar raso, ela ficou tetraplégica. A educadora física conta que já passou por alguns experimentos e possíveis tratamentos que não trouxeram resultados, e que não há nenhuma possibilidade concreta de reversão do quadro da tetraplegia que a acometeu¹¹³.

Em face dessa contingência, a brasileira que teve seu nome ocultado por proteção à privacidade, faz a seguinte passagem na entrevista supramencionada:

*Eu não consigo nem comer e escovar os dentes por conta própria. É muito penoso, passivo. Como posso esperar viver uma vida plena e longa se sempre estarei dependendo de alguém? É impossível, inviável e intolerável. Eu tinha uma vida plena até o dia do meu acidente. É fácil me dizer que devo tocar a vida. Não. Eu posso desejar uma qualidade de vida que eu não tenho e não sou obrigada a aceitar aquilo. É difícil para quem está de fora entender. As pessoas são egoístas, só pensam no quanto elas vão sofrer se você for embora. Não conseguem ter ideia do seu sofrimento. Gostaria que a minha decisão fosse respeitada*¹¹⁴.

112 Disponível em: < <http://revistaepoca.globo.com/vida/noticia/2012/06/eles-querem-decidir-como-morrer.html> > Acessado em: 05/05/2017.

113 Disponível em: < <http://revistaepoca.globo.com/vida/noticia/2012/06/depoimentos-de-brasileiros-que-se-inscreveram-na-clinica-especializada-em-morte.html> > Acessado em: 05/05/05.

114 Disponível em: < <http://revistaepoca.globo.com/vida/noticia/2012/06/depoimentos-de-brasileiros-que-se-inscreveram-na-clinica-especializada-em-morte.html> > Acessado em: 07/05/2017.

O britânico Jeffrey Spector, de 54 anos, era portador de um tumor tido como incurável perto da coluna vertebral. Essa condição poderia gerar paralisia quase total do corpo e a morte de Spector já era dada como certa. Após uma piora significativa dos sintomas do tumor, Jeffrey resolveu ir à Dignitas concretizar o suicídio assistido. Em uma breve passagem, o britânico disse:

*Nunca julgue ninguém até que tenha estado em seu lugar. Sei que estou indo cedo demais. Minha família discorda, mas eu acredito que isso seja melhor para ela. Eu era uma pessoa saudável e minha vida virou de cabeça para baixo. O que começou como uma dor nas costas em 2008 evoluiu para uma doença que me levou a tomar essa decisão terrível.*¹¹⁵

O debate sobre a morte digna e seus institutos vem ganhando maior espaço na medida em que esses casos são apresentados pela mídia. Em 2016 o tema foi objeto central do filme inglês *Como eu era antes de você*, adaptado do livro homônimo. O filme conta a história de um rapaz que fica tetraplégico após um acidente. A partir desse episódio, sua vida muda radicalmente e o personagem deseja procurar a clínica Dignitas. Nem uma paixão no desenrolar da trama faz com que ele mude de ideia e, ao final, o suicídio assistido é de fato consumado. O filme foi longamente debatido pela crítica, não só pelo conteúdo e atuação dos personagens, mas por ter possivelmente romantizado o suicídio e até incentivado deficientes físicos a colocar um ponto final na vida.

Nesse mesmo campo, um acontecimento recente gerou comoção social durante os jogos paralímpicos do Rio, em 2016. A paratleta olímpica Marieke Vervoort deixou claro o seu desejo de realizar a prática da eutanásia em seu país de origem, a Bélgica, logo após a paraolimpíada. Como vimos acima, sabe-se que a Bélgica é um país onde a aplicação deste instituto é possível, mas, em contrapartida, lá não é autorizado o suicídio assistido. Os motivos escolhidos por Marieke, segundo o site *Catraca Livre*, eram as fortes dores nas

115 Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/britanico-comete-suicidio-assistido-em-clinica-na-suica-reacende-debate-sobre-morte-digna-16262924> > Acessado em: 07/05/2017.

pernas por conta da doença degenerativa, um quadro que chegava a provocar desmaios e não a permitia dormir por mais de 10 minutos seguidos por noite¹¹⁶.

Alguns autores discutem a possibilidade do suicídio assistido para aqueles que não estão acometidos por nenhuma doença. É neste contexto que no livro *Direitos da personalidade* o autor Anderson Schreiber traz à tona a discussão sobre “o direito de morrer por amor”. Nesse âmbito é que se apresenta o caso do maestro britânico Edward Dones, que teve um bem sucedido casamento de 54 anos com uma bailarina por quem era apaixonado. A bailarina descobriu um câncer terminal e, avaliando ser impossível viver sem ela, Dones decidiu antecipar a sua morte. Então certo dia os dois tomaram uma solução letal e acabaram por morrer juntos¹¹⁷.

Nesse âmbito, o autor acredita que apesar do conceito de “morrer de amor” não estar entre os requisitos em que geralmente se aceita a prática da eutanásia e do suicídio assistido, é um motivo que o direito deve abarcar e não excluir, não se devendo esquecer que, por óbvio, essa inclusão não deve ser feita de qualquer maneira, para que não se ocorra uma completa banalização dos institutos viabilizadores da morte digna. O pedido do indivíduo deve ser fundado, reiterado e dotado de racionalidade e equilíbrio a fim de se evitar que atos irreversíveis sejam adotados por impulso.¹¹⁸

Dessa forma e sob tal complexidade há de se deixar claro que o foco do presente estudo gira em torno dos casos em que os requisitos geralmente aceitos encontram-se presentes. Isso nada tem a ver com desmerecer a amplitude do tema e os pensamentos trazidos por Anderson Schreiber, mas por considerarmos que na realidade brasileira, os debates relacionados a temas com aproximação ao conceito da Bioética encontram muita dificuldade de apreciação. Exibir esta discussão apresentando requisitos para o ato é uma forma de trazer o tema à luz da aceitação de social.

116 Disponível em: < <https://catracalivre.com.br/geral/cidadania/indicacao/atleta-paralimpica-pedira-eutanasia-apos-os-jogos-do-rio/> > Acessado em: 08/05/2017.

117 SCHREIBER, Anderson. op. cit. p.59.

118 Ibidem. p.60.

3.3 – Jurisprudências brasileira em casos envolvendo a Bioética e o direito à vida

O Brasil não aceita a eutanásia e o suicídio assistido. Essa constatação baseia-se em uma interpretação do Código Penal, civil e da constituição da república, mostrando a interdisciplinaridade do tema. Quando da análise do Código Civil, não é possível encontrar o “direito à morte digna” no rol dos artigos dos direitos da personalidade. Desta sorte, a constituição da república garante a inviolabilidade do direito à vida em seu artigo 5, o que serve de argumento base para a proibição do encurtamento da vida, mesmo que esse encurtamento se dê por vontade do próprio indivíduo. E, ainda, ao analisar o Código Penal, observa-se no artigo 122 que instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça é punido com pena de prisão de 2 a 6 anos, se o suicídio se consumar. Ao tratar do homicídio é possível que ocorra uma diminuição da pena no caso em que o agente comete o crime compelido por relevante valor social ou moral. A redução de pena é de um terço a um sexto da pena do homicídio simples segundo o artigo 121, parágrafo 1 deste mesmo código, e aqui podem entrar os casos de eutanásia.

Relembremos os argumentos já mencionados que vão de encontro ao que pensam os defensores da proibição dos institutos da morte digna. É de se perceber que o rol do Código Civil não é um taxativo e sim exemplificativo, visto que as questões envolvendo os indivíduos são complexas e deveras subjetivas, impossibilitando o código ser capaz de abarcar todos os assuntos que deveriam respaldar os direitos da personalidade. Importa dizer que, referente à constituição, a discussão gira em torno de ser a dignidade da pessoa humana o conceito basilar de todo o ordenamento jurídico. Mediante a não hierarquia de um princípio sobre o outro e, estando o direito à vida e a autonomia privada como conceito de liberdade expressamente protegidos pelo artigo 5º da magna carta, o princípio da dignidade da pessoa humana serviria como instrumento de ponderação dos outros dois princípios, prevalecendo aquele que em um determinado caso concreto se aproxime mais ao conceito de dignidade.

Ao tratar do direito à vida, a constituição utiliza a palavra “inviolável”, o que pode ser interpretado de maneira com que se entenda que terceiros não tenham o direito de retirá-la do detentor, mas que ele mesmo poderia abrir mão desse direito, em casos excepcionais como os já brevemente explicitados. Amparados por tal lógica, se o direito à vida é um direito e não

um dever, deve ser passível extingui-lo quando a existência se torna precária em virtude de um sofrimento ultrajante.

□ nesse sentido que Anderson Schreiber avalia que, apesar dos direitos da personalidade serem tidos como indisponíveis, na sociedade atual eles são por vezes instigados, na medida em que em que colocados em conflitos com questões práticas diárias. É o caso de disponibilizar o direito de imagem nos reality shows, por exemplo.¹¹⁹ Essa possibilidade de renúncia total ou parcial dos direitos da personalidade caracteriza a autonomia dos indivíduos e ajuda na fomentação da própria personalidade.

Anderson avalia a polêmica inserida no caso francês do lançamento de anões, uma prática observada no ramo do entretenimento, quando indivíduos com nanismo são lançados de canhões ou dispositivos similares, flexibilizando os chamados direitos da personalidade. À baila do exposto até então, o lançamento de anões poderia ter sido permitido, avaliando a disponibilidade dos direitos fundamentais, e a não necessidade de proteger o indivíduo dele mesmo.¹²⁰ Nesta mesma ceara, Gustavo Tepedino afirma que os direitos da personalidade são direitos e não deveres¹²¹

Observado os argumentos trazidos, a renúncia de total ou de parte dos direitos da personalidade pode ser considerada um importante meio para o desenvolvimento da própria personalidade, mas ela não pode ser feita a qualquer custo. Deve-se sempre manter a preocupação com o respeito à dignidade da pessoa humana na análise dos casos concretos, visto que é justamente ela que se procura alcançar. O direito à vida seria flexibilizado com a prática do suicídio assistido justamente por se avaliar que findar a vida, em alguns casos, se aproxima mais com o conceito de dignidade do que mantê-la.

Convém, portanto, pôr em relevo o entendimento de alguns tribunais brasileiros quando da decisão de temas relacionados à Bioética. À guisa de exemplo, foram escolhidos três

119 SCHREIBER, Anderson. op.cit. p.26-27.

120 SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 28

121 TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.), **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, pp. XV-XXXIII, 2007. p.XXIII

entendimentos jurisprudenciais para que sejam analisados e, assim, seja possível traçar um possível posicionamento dos tribunais acerca de conceitos por ora debatidos.

*“..EMEN: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESP E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E **BIODIREITO**: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1(...) Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepairam sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo*

levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional. 4. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes.”

(STJ – SEXTA TURMA-MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA- HC - HABEAS CORPUS - 268459 -DATA DA PUBLICAÇÃO: 28/10/2014).

Tais argumentos nos fazem perceber que quando a questão da liberdade religiosa entra em confronto com o direito à vida, há conflito. O STJ decidiu privilegiar o direito à vida da adolescente que necessitava de transfusão de sangue, manifestando o entendimento de que os médicos deveriam, independente da manifestação contrária dos pais, avançar com o tratamento e realizar a ação necessária para garantir que a morte não viesse a ocorrer.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia, e o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que julgava improcedente o pedido, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela requerente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 11.04.2012. Decisão: O

Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.” (STF - ADPF-QO 54 – RELATOR: Marco Aurélio – data de publicação 30/4/2013)

Diante do ponto de vista colocado pela Suprema Corte, defende-se que impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe com plenitude de certeza que não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração. Esse quadro resultaria em violência às vertentes da dignidade física, moral e psicológica e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde em si. Sendo assim, apesar do aborto de fetos anencéfalos não estar presente nas possibilidades de aborto no Código Penal, resolveu-se ponderar os princípios de direito à vida, direito da autonomia da vontade e direito à saúde. Observa-se então uma aproximação com a ponderação dos princípios, prevalecendo o que mais se aproxima à dignidade.

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO

DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As (...) LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATER-NAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna(...)Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam.

*Inexistência de ofensas ao **direito à vida** e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos **direitos***

*¶ felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO **DIREITO À VIDA** E OS **DIREITOS** INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. (...) Mas as três realidades não se confundem: o embrião ¶ o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O **Direito** infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo **direito** comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser*

protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente

*cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do **aborto**." (Ministro Celso de Mello). V - OS **DIREITOS** FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "**direito** ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos*

□ *implícito **direito** de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o **direito** público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo*

*constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao **direito** fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno **direito à vida**, necessário seria reconhecer a ele o **direito a um útero**. Proposição não autorizada pela Constituição¹²². (...)”*

No caso desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, o direito à vida esteve mais uma vez como base do debate, na medida em que se discutiu a possibilidade da utilização de células tronco embrionárias e se, em contraponto, essa utilização não iria de encontro com os direitos do nascituro e, conseqüentemente, com o direito à vida constitucionalmente tutelado.

Verifica-se, pois, que foi considerado que o uso das células tronco embrionárias não configura um aviltamento do direito à vida no momento em que se considera, dentre outras coisas, que o embrião *in vitro* não é vida enquanto não implementado em um útero para que possa desencadear uma gestação normal. A escolha de se introduzir ou não esse embrião no corpo feminino é da mulher e faz parte da sua autonomia da vontade, não sendo ela obrigada a tal. Ademais, a necessidade de uso das células tronco advém de possibilidade de curas de certas doenças, muitas delas consideradas irreversíveis. Pesquisas nesse campo ensejam uma verdadeira aproximação com o direito à saúde, também protegido constitucionalmente.

Quando o direito à vida está em foco, é difícil estabelecer um consenso. Diante da análise das últimas duas jurisprudências, contudo, é possível observar uma abertura para o avanço da ciência e de decisões voltadas aos progressos sociais. A decisão da ADPF que permite o aborto de fetos anencefálicos é um exemplo do avanço referido, uma vez que o STJ

122 Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168856&base=baseAcordaos> > Acessado em 07/05/2017.

já julgara anteriormente pela não possibilidade do aborto nesses casos. O avanço da Bioética e do Biodireito permite que cada vez mais se debata a respeito dos temas que os conceitos abarcam e, aos poucos, isso refletirá nas decisões do Judiciário.

CONCLUSÃO:

O presente trabalho tratou de analisar a possibilidade de aplicação do suicídio assistido no ordenamento jurídico brasileiro e os entraves que o debate encontra. Haja vista o que foi exposto, o tema viceja grande discussão, mas merece amplitude de espaço. Encontrar uma solução para o conflito entre princípios garantidos constitucionalmente é um trabalho difícil, porém não impossível. É nessa esfera que foi necessário trazer à baila da análise os conceitos de regra e princípios apresentados por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Observando os pontos de vista de ambos os pensadores, pode-se aferir que as regras se apresentam como conceitos de “tudo ou nada”. Ou seja, quando elas colidem, para que uma seja aplicada é necessário que a outra seja automaticamente excluída. No outro polo, os princípios servem como “mandamentos de otimização”. Sendo assim, dois princípios que se colidem podem continuar convivendo dentro de um mesmo ordenamento jurídico, escolhendo-se o que melhor se aplica em um determinado caso concreto.¹²³

Entretanto, a escolha do princípio a ser adotado não deve ser feita de maneira discricionária pelo juiz, e é diante desse impasse que foi esclarecido o que seria o conceito de “proporcionalidade” proposto por Alexy. A proporcionalidade, que é dividida em três outros subprincípios, é utilizada para que a escolha seja racional e não arbitrária, observando qual dos princípios em choque poderá trazer maiores benefícios e menores prejuízos. Nesta seara, é possível afirmar que a ponderação é um mecanismo de manutenção dos próprios direitos fundamentais, fazendo com que possam colidir sem ser preciso que sejam excluídos do ordenamento pátrio.¹²⁴

Traçadas as primeiras considerações acerca da diferença entre princípios e regras, foi necessário adentrar na análise dos princípios da Bioética, visto que o tema se encaixa nessa pauta. Apontamos três princípios: o da autonomia, cuja característica principal é o respeito

123 DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Ibidem. p.14-80

124 ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, Balancing and Rationality**. Ibidem. p. 136.

pelas escolhas e convicções pessoais; o da beneficência, cuja ideia central é minimizar os danos e aumentar os benefícios e o da justiça, que significa a parcialidade na tratativa dos indivíduos. Todos eles foram criados em uma comissão nacional do Congresso dos Estados Unidos, que tinha como objetivo elencar os limites da interferência dos avanços da medicina e da ciência nos seres humanos.¹²⁵

Ainda em se tratando da Bioética, veio à tona o conceito do Biodireito, classificado como o ramo do Direito em que se regula os avanços supra referidos. Foi observado que o Biodireito não se limita apenas ao que for positivado por leis, valendo também os princípios, tanto os da Bioética quando os constitucionalmente assegurados, devendo sempre as normas desse novo ramo obedecer aos preceitos garantidos pela constituição de 1988.¹²⁶

Uma vez que é o objetivo a ser alcançado, também foi necessário conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana. Aferiu-se que ele se trata de um valor intrínseco do homem, não podendo o mesmo ser usado como meio para alcance de objetivo degradante. Após as catástrofes mundiais que levaram a humanidade a uma condição indigna (como o nazismo, por exemplo), foi necessário estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio norteador de qualquer Estado considerado democrático de direito. A dignidade passa a ser considerada, inclusive, um mecanismo de ponderação diante do conflito entre demais princípios, um objetivo a ser encontrado e, ainda, não preterido em colisão com qualquer outro.¹²⁷

Apresentamos o conflito entre a morte digna e o direito à vida. A morte digna não está positivada no ordenamento, mas pode ser avaliada ao passo que a doutrina admite que o rol dos direitos da personalidade é exemplificativo e não taxativo, possibilitando novos direitos no contexto constitucional. A colisão se dá ao questionar se a observância da dignidade da pessoa humana se aproxima mais da manutenção da vida a qualquer custo, ou da permissão da escolha de findá-la quando observado um sofrimento físico ou psíquico insustentável.

125 BARBOSA, Heloisa Helena. op.cit. p. 211.

126 Ibidem. p. 212

127 MORAES, Maria Celina Bodin de.op. cit. p. 66.

Não apenas tratou-se da questão da morte digna em conflito com o direito à vida, mas também o conflito do direito à vida com a autonomia da vontade, que é um reflexo do direito à liberdade também estabelecido constitucionalmente. Apesar de a liberdade ser garantida pela Constituição Federal, ela não é aplicada quando em face da possibilidade de escolha sobre o momento de morrer.

Houve por bem a indicação que a autonomia privada referida em questão era a autonomia privada existencial e não a patrimonial, na medida em que a patrimonial tem sua fundamentação constitucional na livre iniciativa, enquanto a existencial fundamenta-se no próprio conceito de dignidade humana, ultrapassando o argumento da falta de positivação.¹²⁸

A autodeterminação baseada na autonomia é o garantidor da liberdade que um indivíduo tem de fazer escolhas, e essa possibilidade de decidir deve ser pautada em boas condições estabelecidas pelo estado, que detém um caráter paternalista sobre as alternativas individuais. Em congruência com o apresentado por autonomia, restou-se oportuno trazer ao bojo da análise a distinção do conceito de dignidade como heteronomia e como autonomia.

Quando se aproxima da heteronomia, a dignidade alcança aos valores compartilhados socialmente; quando se aproxima da autonomia, ela aborda os valores morais estabelecidos pelo próprio indivíduo. Sendo assim, defender a dignidade como autonomia no âmbito do suicídio assistido é defender que a mesma deve ser observada do início da vida até o seu desfecho, possibilitando ao indivíduo a escolha de decidir o momento de findar sua existência.

129

Ao encontro do que foi trazido sobre direito à morte digna, dignidade da pessoa humana e autonomia privada, trata-se de estabelecer que proibir uma pessoa a decidir o momento de pôr fim à vida, em situações excepcionais, faz com que o indivíduo perca o poder de

128 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. op.cit. p.104-105

129 BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. op. cit. p. 22.

autodeterminação sobre seu próprio corpo e de fazer escolhas livres, que são por sua vez a própria configuração do conceito de personalidade.

Restou-se por oportuno traçar a diferença dos institutos norteadores da morte digna, sendo eles a eutanásia, ortotanásia e o suicídio assistido, e alguns conceitos opostos ao conceito de morte digna, distanásia e mistanásia. A eutanásia foi classificada como a possibilidade de indução da morte por terceiros; a ortotanásia, no polo oposto da distanásia, configura-se como a não aplicação de procedimentos fúteis em pacientes considerados terminais.¹³⁰

Sobre a ortotanásia, coube destacar a diferença que alguns juristas traçam entre eutanásia passiva e ortotanásia. Na primeira a intenção médica é promover uma morte que não é certa, enquanto na ortotanásia a morte é iminente e o objetivo central não é apressá-la, mas sim minimizar os sofrimentos que um quadro de saúde terminal pode causar ao indivíduo.¹³¹

Ainda sobre a ortotanásia, observou-se que se trata do único mecanismo de morte digna aceito no Brasil, o que pôde ser conferido após a resolução do conselho federal de medicina número 1.085/2006. Apesar da resolução ter sido alvo de uma ação civil pública, a sentença foi de indeferimento da Ação, alegando a competência do CFM para tratar de assuntos relacionados à ética médica, declarando que a ortotanásia não configura o crime de homicídio previsto pelo Código Penal.

Ademais, foi trazido à tona o conceito de testamento vital, um dos vértices das diretivas antecipativas de vontade, como documento capaz de fazer com que a escolha do paciente que se encontra inconsciente seja respeitada. O testamento vital deve ser observado para que se possa estabelecer o tratamento a ser aplicado, buscando a autonomia do redator do documento. Assim como o acontecido na ortotanásia, o Conselho Federal de Medicina

130 ARAÚJO, Marilene. op. cit. p. 6.

131 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. op. cit. p.54.

celebrou a resolução de número 1995 para aferir a sua validade. Contra essa resolução também foi proposta uma ação civil pública, mas a sentença foi favorável à resolução, na medida em que protege a autonomia privada e, por consequência, a dignidade da pessoa humana.¹³²

Assim como a distanásia (aplicação de métodos fúteis em pacientes com doenças sem chances de reversão), a mistanásia também foi elencada como opositora do conceito de morte digna. Foi estabelecida como mistanásia a morte precária e fora do tempo, ocorrida por falta de atendimento, erro ou má prestação de serviço por parte do médico. Analisando esse conceito, pôde-se observar que o Brasil, apesar de não possibilitar o suicídio assistido por conferir um caráter inviolável ao direito à vida, negligencia esse mesmo direito à vida quando aplica, mesmo que não intencionalmente, a mistanásia. A constatação é simples se observarmos a situação caótica e precária do sistema público de saúde.

Por fim, necessário foi trazer ao centro da discussão a conceituação do suicídio assistido, bem como suas implicações e discussões morais. Suicídio assistido trata-se de auxiliar alguém a findar com a própria vida, apontando que o ato do terceiro é apenas colaborativo e não decisivo.¹³³ Conclui-se, portanto, que o indivíduo deve estar lúcido e consciente no momento da prática do ato, visto que é ele mesmo que o pratica. Destaca-se o contrassenso que existe no fato do campo de discussão da eutanásia ser mais aberto do que o do suicídio assistido, sendo o segundo instituto maior coadjutor da autonomia da vontade do que a eutanásia.

Para análise da moralidade do suicídio assistido, foram traçadas as linhas de pensamento de Jeremy Bentham e Stuart Mill. Bentham, pai do utilitarismo, conceitua a moral e o direito como a busca comunitária da felicidade mesmo diante de minimização das felicidades individuais em prol do coletivo. Já Stuart Mill busca traçar uma aproximação entre o utilitarismo de Bentham e os direitos individuais, apontando também o liberalismo e a

132 SANCHES, Vladia Maria de Moura Soares. op. cit. p.2.

133 BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. op. cit. p.8.

mínima intervenção do estado nas escolhas privadas. Neste contexto, enquanto os pensamentos de Bentham trariam divergência acerca da concordância ou não da prática do suicídio assistido, não resta dúvidas de que as ideias de Mill se voltam à possibilidade.¹³⁴

Mais uma vez, destaca-se a ausência de legislação dos aplicadores da morte digna, e apontou-se que essa ausência, além de não poder configurar uma proibição, detém motivos bastante relevantes. Expôs-se a religião como um fator determinante para a falta de leis sobre a Bioética, diante da aferição de um legislativo influenciado pelos dogmas cristãos, mais precisamente evangélicos. A morte como tabu também foi elencada como um fator importante para a falta de debate sobre o tema e, conseqüentemente, a ausência de discussão sobre leis que possam regularizar o instituto.

Ademais, foi apresentado o conceito de “morte contemporânea” como um instrumento que se aproxima ao conceito de dignidade no momento da morte. A morte contemporânea traz consigo a ideia de naturalização da morte, da possibilidade de cuidados paliativos para minimizar os sofrimentos, caracterizando uma aplicabilidade direta da ortotanásia. É necessário reforçar que apesar de não ser a ortotanásia o objeto central de estudo, os cuidados paliativos na “morte contemporânea” denotam a observação da autonomia do ser humano, e a volta da possibilidade do mesmo fazer parte das escolhas diante do seu quadro clínico.¹³⁵

E é no contexto da ausência de lei brasileira que foi trazida à baila da discussão a legislação sobre o tema de outros países. Foi observado que a Holanda possui uma lei específica própria que regulariza tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido, trazendo como requisitos de aplicabilidade o grande sofrimento físico ou psíquico de um quadro de doença ou incapacidade irreversível, além da lucidez e capacidade de autodeterminação do indivíduo

134 Idem.

135 MENEZES, Rachel Aisengart. op. cit. p.38.

que realiza o pedido e o crivo de pelo menos dois médicos que avalie a condição do paciente.

136

Quanto à Bélgica, foi verificada uma lei específica que trata sobre eutanásia, com requisitos similares aos holandeses, mas que não menciona o suicídio assistido. Em relação ao Uruguai, pôde ser observado a possibilidade do perdão judicial ou homicídio por piedade, que se aproxima do conceito de eutanásia e, por último, estabeleceu-se que na Suíça o suicídio assistido é possibilitado, desde que não seja por motivos egoístas.¹³⁷

Foi possível constatar que a Suíça é referência no suicídio assistido, uma vez que contém em seu território duas clínicas famosas da prática do ato, Exit e Dignitas. Apesar de não existir legislação específica sobre o assunto e, não ter em seu ordenamento jurídico, requisitos para a possibilidade do suicídio assistido, as clínicas estabelecem critérios próprios para aceitar a prática do ato por algum paciente.

Em suma, sendo as convicções pessoais definidas individualmente, cabe a cada indivíduo traçar seus próprios planos dos caminhos e rumos que sua vida tomará. Diante das questões extremas já levantadas, é a pessoa que está em sofrimento que deve decidir até que ponto a manutenção da vida configura o bem-estar físico ou psíquico ou se, prologando a vida a qualquer custo, o resultado final não seria a configuração de problemas ainda maiores, fazendo com que a vida deixasse de ser um direito a ser usufruído e passasse a ser um martírio, apenas um dever de viver.

Resta por óbvio afirmar que as situações existenciais derivam da capacidade de autodeterminação individual através da autonomia privada. Aqui, podemos superar a ideia de que o médico e o Estado são mais capazes de decidir o rumo da vida do paciente do que o

136 ASSEMBLEIA DA REPUBLICA PORTUGUESA – DIVISÃO DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA PARLAMENTAR. op. cit. p. 29.

137 ASSEMBLEIA DA REPUBLICA PORTUGUESA – DIVISÃO DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA PARLAMENTAR. op. cit. p. 17.

próprio paciente, fazendo com que o mesmo seja colocado em uma posição inferiorizada, deixando com que seus valores e sua concepção de vida sejam desconsiderados, pela justificativa de uma moral fomentada pela não-naturalização da morte.

A vida não deve ser um dever e sim um direito, para que os indivíduos se sintam livres a escolher findar com o sofrimento e não obrigados a se manterem numa morte em vida por tempo indeterminado. Aprisionado em seu próprio corpo, sentindo sua capacidade de autodeterminação se esvaindo pouco a pouco, o indivíduo sofre na medida em que o Estado, dotado de uma premissa paternalista, impede que ele faça suas escolhas acerca da vida e da morte.

Conclui-se que, em determinados casos, o suicídio assistido se aproxima mais com o conceito de dignidade do que a garantia do direito à vida, pois, embutido neste instituto está a morte digna e a autonomia privada existencial, um reflexo da liberdade.

A dignidade serve como objeto central a ser alcançado através do uso da ponderação dos princípios e direitos colidentes, sendo necessária uma análise do caso em suma, uma vez que inexistente hierarquia entre os princípios apresentados, não se tratando do direito à vida mais importante que os demais. Ademais, em consonância com os pensamentos de Dworkin, a morte deve ser um reflexo das escolhas e dos desejos e valores individuais amadurecidos ao longo da vida.¹³⁸

Como a escolha do modo de morrer diante de situações de sofrimento são baseadas nas convicções individuais, não é possível que se estabeleça uma solução coletiva e aplicável a todos os cidadãos, cabendo ao Estado, ao invés de proibir o suicídio assistido e os institutos da morte digna, estimular as pessoas para que tomem decisões condizentes à moral e os valores que estipulados individualmente. Dessa forma, são observados os interesses individuais e o respeito ao próprio conceito de personalidade.¹³⁹

Impedir o indivíduo de escolher findar o sofrimento aponta uma escolha ilógica, uma vez que se admite uma morte lenta e dolorosa na medida em que a pessoa pode se recusar a

138 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. Ibidem. p. 28.

139 Ibidem. p.301.

receber tratamento, ou até mesmo na observação de que esperar o chamado curso natural pode trazer incômodos e sofrimentos insuportáveis diariamente, mas não se admite uma morte rápida e indolor.¹⁴⁰

Propõe-se a discussão de uma legislação que possibilite a aplicação do suicídio assistido, quando observadas certas características no caso concreto. As particularidades que se buscam abarcar são: capacidade de autodeterminação, possuir um nível mínimo de mobilidade física para ser capaz de executar o ato, presença de doença terminal; e/ou incapacidade física; e/ou dores insuportáveis, avaliação e acompanhamento de no mínimo dois médicos e pedidos reiterados para a prática do ato.

A necessidade estabelecer requisitos se dá porque o que se busca não é a aceitação do suicídio assistido de maneira discricionária e sem razoabilidade. Defende-se aqui o ato quando a manutenção da vida configurar por si só um aviltamento à dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v.16, n. 2, 2003.
- AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin; PONA, Éverton Willian. **Autonomia da vontade privada e testamento vital**: a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: < http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Everton_e_Ana%20Cl%C3%A1udia_Autonomia_da_vontade_privada_e_testamento_vital.pdf > Acessado em 24/04/2017.
- ARAÚJO, Marilene. Aspectos filosóficos e jurídicos sobre a morte, a eutanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, 2015, v. 90..
- ASSEMBLEIA DA REPUBLICA PORTUGUESA – DIVISÃO DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA PARLAMENTAR. Eutanásia e suicídio assistido, legislação comparada. Lisboa, 2016. p. 29.
- BARBOSA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. **Revista Bioética do Conselho Federal de Medicina**, v. 8, nº 2, 2000.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade jurisdicional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. **A morte como ela é**: Dignidade e autonomia individual no fim da vida. 2011.40 f. Artigo (Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. 2011.40 f. Artigo (Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- _____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Artigo. Verão provisória para debate público. Rio de Janeiro. Mimeografado. 2010. p. 11.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- DADALTO Luciana. Diretivas antecipativas de vontade e mistanásia por erro médico: debates e possibilidades. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, 2015, v.5, nº2.
- DIAS, Roberto. Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a Constituição. In IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Coords.). **Direitos humanos na ordem contemporânea**: proteção nacional, regional e global. Curitiba: Juruá, 2010, v. 4. p.174.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 9ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- _____. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

KRAVETZ, Rafaella Zanatta Caon; CASTRO, Matheus Felipe. O suicídio assistido na esfera dos direitos fundamentais: Análise da autonomia da vontade na sociedade disciplinar. Artigo. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**. Curitiba, 2015, v.2, n.39. p. 349.

MARANO, Pablo Galvão. **Diretivas antecipadas de vontade e a morte digna**: uma leitura civil-constitucional do ponto final da vida humana. 2013. 98 f. Monografia. (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MENEZES, Rachel Aisengart. **Em busca da boa morte**: Antropologia dos cuidados paliativos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004.

MILL, J.S. **Utilitarismo**. 1ª ed. Portugal: Porto Editora, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. A última liberdade. **O Globo**. Rio de Janeiro, 5 de novembro de 2016. Disponível em: < <http://noblat.oglobo.globo.com/geral/noticia/2016/11/ultima-liberdade.html> > Acessado em 03/02/2017.

OLIVEIRA, Wesley Felipe de. Uma análise principialista do suicídio assistido. **Revista eletrônica Theoria**. Pouso Alegre, 2012, v.4, n.9.

PESSINI, Leo. **Eutanásia**: por que abreviar a vida? 1ª ed. São Paulo: Loyola, 2004.

SANCHES, Vladia Maria de Moura Soares. O testamento vital e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, 2014, v. 87.

SANDEL, Michel. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

SERTÃ, Renato Lima Charnaux. **A distanásia e a dignidade do paciente**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SZTAJN, Rachel. In: COHEN, Cláudio; GARCIA, Maria (orgs). **Questões de Bioética clínica**: pareceres da comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.), **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VARGAS, Andrew. **Problemas de Bioética**. 2ª ed. São Leopoldo: Unisinos, 1982.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro**. Revista Bioética do Conselho Federal de Medicina.v.16, nº 2, 2008.